sich aus derselben nur ergiebt, daß dem Kläger (die erzählten Thatsachen als wahr vorausgesetzt) ein solches jus zusteht, mit welchem die Gesetze eine bestimmte actio verknüpfen, daß also eine solche actio begründet ist, daß der Kläger bei den Römern mit dieser actio hätte auftreten, zum Prozessiren mit ihr hätte zugelassen werden dürfen. Der Richter hat nicht zunächst blos zu prüfen, an actio sit fundata, sondern er muß sogleich prüfen, ob die angestellte Klage begründet, d. h. ob der angeblich Berechtigte wirklich berechtigt ist, von dem angeblich Verpflichteten die Vornahme der verlangten Handlung zu fordern und folgeweise vom Richter (gleichviel mit welcher actio) zu verlangen, daß er denselben zur Vornahme dieser Handlung anhalte.

X.

Von der Berechnung der Falzidischen Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten.

Von

Vangerow.

Obwohl die in der Ueberschrift angedeutete Lehre sowohl früher,[1]) als auch in unsern Tagen[2]) zahlreiche

1) Govean. ad tit. ad leg. Falcid. ad l. 11 §. 5 sqq. (in opp. Lugd. 1562 p. 184 sqq.) ad leg. 87 §. 4 sqq. (in opp. p. 244 sq.) — Duaren. comm. ad leg. Falcid. cap. 8 gegen E. (in opp. Francof. 1598 p. 570 sqq.) — Cujac. comm. in libr. XXIX. Quaest. Papin. ad leg 11 §. 5 sqq. ad leg. Falcid. (in opp. ed. Neap. tom. IV. pag. 760 sqq.); [comm. in libr. LXI. Dig. Salv. Jul. ad leg. 87 §. 4 sqq. ad leg. Falcid. (in opp. tom. VI. pag. 408 sqq.)]; Observat. lib. IV. c. 34—37 (in opp. tom. III. pag. 109 sqq.), lib. XV. c. 15 (tom. III. pag. 434 sq.), lib. XXV. c. 22 (tom. III. pag. 727). — Donell. comm. jur. civ. lib. VIII. c. 23 §. 9 sqq. (in opp. ed. Luc. tom. II. p. 915 sqq., ed. Bucher tom. V. p. 20 sqq.) — Papillon. de substitutione pupillari c. VIII. (in Otton. thes. IV. p. 745 sqq.). —

Bearbeiter gefunden hat, so sind doch viele und wichtige Punkte dabei noch fortwährend streitig, und auch die neuesten Bearbeitungen sind meiner Ueberzeugung nach nicht geeignet, eine größere Uebereinstimmung herbeizuführen. Bei dieser Sachlage hoffe ich, daß der folgende Aufsatz nicht als überflüssig erscheinen werde, und sollte er auch nur das Verdienst haben, die eigentlichen Streitpunkte schärfer als bisher geschehen, zu fixiren, und dabei die Literatur in vollerem Umfange zu berücksichtigen,[3] so würde schon dies die Veröffentlichung desselben entschuldigen.

Voorda ad leg. Falcid. Traj. 1730 cap. XI. §. 6sqq. p. 275sqq. — Carvalho de una et altera quarta deducenda, vel non, legit. Falc. et Trebell. Col. Allobr. 1746 Pars III. nr. 64sqq. pag. 172sqq. — Bernstorff de ratione legis Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda. Gott. 1754 §. 31sqq. p. 115sqq.

2) Roßhirt, die Lehre von d. Vermächtnissen nach röm. Rechte. Bd. I. S. 533fgg. — Stemann, über die Berechnung der quarta Falcidia bei Substituten; in Elvers Themis, neue Folge Bd. I. S. 295fgg. — v. d. Pfordten, über die Berechnung der quarta Falcidia wenn eine und dieselbe Person mehrere Portionen derselben Erbschaft erhält §. 6fgg., in dessen Abhandl. aus d. Pandekten-Rechte. S. 31fgg. — Vangerow, Leitfaden für Pand. Vorles. Bd. II. S. 474fgg. — Hoffmann, in Sell's Jahrb. für röm. Recht Bd. I. S. 338fgg. — Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 317fgg. — Sigmund, über die Berechnung der quarta Falc., wenn eine u. dies. Pers. mehrere Theile ders. Erbsch. erhält. München 1846 S. 22fgg. — Huschke, die Prästation der Legate in Doppeltestamenten; in der Gieß. Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, neue Folge Bd. VI. S. 370fgg. VII. S. 54fgg. S. 187fgg. (hierher gehören besonders Nr. I. „allgemeine Grundsätze" Band VI. S. 371fgg., Nr. III. „die Legate des Doppeltestaments nach erbetener c. t. b. p." Bd. VII. S. 58fgg. und Nr. V. „die Berechnung der Falcidia in den Fällen, wo dem Pupillarsubstituten als solchem mehrere Erbportionen zufallen" Bd. VII. S. 187fgg.) — Herrmann, über einige Rechtsfragen betr. die Leistung von Vermächtnissen bei der Pupillarsubstitution; in d. Gieß. Zeitschr. neue Folge Bd. VIII. S. 394fgg.

3) In dieser Beziehung waltet ein wahrer Unstern über den neuen Bearbeitungen. Hoffmann konnte die Abh. von Pfordten nur noch in einem Nachtrage zu seinem Aufsatze (a. a. O. S. 378fgg.) und meine Darstellung gar nicht mehr berücksichtigen, so wie auch ich umgekehrt auf die Hoffmann'schen Untersuchungen noch keine Rücksicht nehmen konnte, da

Ehe ich aber zu dem eigentlichen Gegenstande der Abhandlung übergehe, müssen einige vorbereitende Sätze festgestellt werden.

1) Es ist h. z. T. ganz allgemein anerkannt, daß, wenn der Vater eine Pupillar-Substitution angeordnet hat, alle Vermächtnisse, womit er den Pupillar-Substituten belastet, immer nur als Belastungen der Erbschaft des Vaters aufgefaßt werden dürfen,[4]) und das eigene Vermögen des Pupillen dabei außer allem Betracht bleibt.[5]) M. a. W. die dem Pupillar-Substituten (also in secundis tabulis) aufgelegten Vermächtnisse werden so behandelt, als wenn sie der Vater bedingungsweise[6]) in

---

der einschlagende Theil meines Lehrbuchs und das betreffende Heft der Sell'schen Jahrbücher fast gleichzeitig erschienen sind. Huschke'n sind auffallender Weise nicht nur die Erörterungen von Arndts und Sigmund, sondern selbst die verdienstvolle Arbeit von Hoffmann unbekannt geblieben, und Herrmann endlich ignorirt die gesammte neuere Literatur mit einziger Ausnahme des Huschke'schen Aufsatzes, von welchem überdies, als er seine Bemerkungen niederschrieb, nur der erste Abschnitt erschienen war!

4) L. 11 §. 5 ad leg. Falc. (35, 2): „quoniam pater legavit de suo," l. 79 eod.: „In duplicibus testamentis — — ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit" l. 87 §. 5 eod.: „quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet."

5) Wenn deßungeachtet die missio wegen der vom Pupillar-Substituten nicht geleisteten cautio legatorum servandor. causa sich auch auf das eigene Vermögen des impubes erstreckt l. 5 §. 12 ut in poss. legat. (36, 4), so darf darin keine Inkonsequenz gefunden werden, denn dieses eigene Vermögen des Unmündigen erscheint als ein späterer Zuwachs der väterlichen Erbschaft (s. den Text), und die missio erfolgt immer in den gesammten Bestand der Erbschaft, wie sich derselbe im Augenblicke der missio herausstellt, l. 5 §. 5 sqq. l. 13 eod., während bei der Frage über die Rechtsgiltigkeit der Legate bekanntlich der Bestand der Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers entscheidet.

6) Nämlich unter derselben Bedingung, unter welcher überhaupt der Pupillar-Substitut zur Erbschaft des Pupillen gerufen ist: „si intra pubertatem filius decesserit." Eben darum versteht es sich aber von

seinem eigenen Testamente (also in primis tabulis) auf-gelegt hätte:

Papinian.[7] „quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur."

Gaius.[8] „— — tanquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset." [9]

Was die tiefern Gründe der allerdings auffallenden Erscheinung anbelangt, daß der Vater zwar wohl durch Erbeinsetzung, aber nicht auch durch Legat über das Vermögen seines unmündigen Hauskindes disponiren kann, so bin ich noch fortwährend[10] der Meinung, daß sich dieselbe lediglich aus dem ursprünglichen Charakter der Pupillar-Substitution erklärt, wornach der Pupillar-Substitut als heres secundus des Vaters selbst erscheint,

---

selbst, daß dieses nur eine juris conditio ist, wodurch das Legat nicht zu einem wahrhaft bedingten wird, weßhalb denn auch bei solchen dem Pupillar-Substituten aufgelegten Vermächtnissen der dies cedens nicht erst im Augenblicke des Todes des Pupillen, sondern schon im Augenblicke des Todes des Vaters eintritt, l. 1, l. 7 §. 4 quando dies legator. (36, 2), und dies selbst dann wahr ist, wenn auch dem Substituten das Legat unter der ausdrücklich ausgesprochenen Bedingung: si filius intra pubertatem decesserit aufgelegt wäre, l. 7 §. 5 eod.: Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit: si intra pubertatem filius decesserit, Sejo centum dare, an vivo pupillo defunctus Sejus ad heredem transferat quasi ea conditio sit expressa, quae inerat. Et magis est, ad heredem legatarii transire."

7) L. 11 §. 5 fin. ad leg. Falcid. (35, 2).

8) L. 79 fin. eod.

9) Vgl. auch l. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 7 §. 5 de liberat. leg. (34, 3). Aus diesem Gesichtspunkte, daß die dem Pupillar-Substituten aufgelegten Vermächtnisse so aufzufassen sind, wie wenn sie in primis tabulis hinterlassen wären, erklärt sich auch von selbst, daß wenn dieselbe Sache in primis und in secundis tabulis Mehreren legirt ist, das Anwachsungsrecht eintritt, l. 41 §. 6 fin. de vulg. et pup. subst., l. 34 §. 10 de legat. I., und eben so gehen daraus die vorher in Note 6. angedeuteten Sätze über den Zeitpunkt des dies cedens hervor.

10) Vgl. meine Pand. Bd II. §. 521 Anm. 2. S. 416 fg.

und das eigene Vermögen des Pupillen nur als späterer Zuwachs der väterlichen Erbschaft dem Substituten zufällt.[11]) Wie nämlich bekanntlich bei Legaten immer nur der Bestand der Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers in Betracht kommt, und spätere Vermehrungen der Erbschaft schlechthin unberücksichtigt bleiben,[12]) so mußte dieses Letztre auch in Betreff des eigenen Vermögens des Unmündigen der Fall sein, eben weil dasselbe nur als spätere Vermehrung der väterlichen Erbschaft aufgefaßt wurde.[13])

2) Aus dem eben angedeuteten Grundsatz geht von selbst hervor, daß dann, wenn der Vater sein unmündiges Kind enterbt, und auch den Pupillar-Substituten in primis tabulis nicht zu seinem Erben ernannt hat, weder dem Unmündigen noch auch dem Substituten rechtsgiltig ein Vermächtniß aufgelegt werden kann,[14]) und zwar das Letztre selbst dann nicht, wenn auch etwa der exheredirte Unmündige von seinem Vater mit Legaten bedacht, und also

11) Die wesentlichsten Beweise hierfür sind zusammengestellt in meinen Pand. Bd. II. §. 452 Anm. S. 176 fg.

12) L. 30 pr., l. 56 pr., l. 73 pr. l. 79 ad leg. Falc. l. 50 §. 1 de pecul. (15, 1).

13) Wenn Huschke a. a. O. VI. S. 375 a. E. behauptet, die Vertheidiger der Ansicht, daß der Pupillar-Substitut im alten Rom auch nach der sächlichen Seite als Erbe des Vaters betrachtet worden sei, hätten daraus, „wenn sie nur konsequent wären", vielmehr folgern müssen, daß der Vater ehemals auch aus des Pupillen eigenem Vermögen Vermächtnisse habe errichten können: so ist mir dieser Vorwurf in der That unbegreiflich. Daß das, was der Unmündige nach dem Tode des Vaters erwarb — und von andrem eigenen Vermögen des unmündigen Hauskindes konnte ja in der früheren Zeit keine Rede sein — nicht zum Bestand der väterlichen Erbschaft im Augenblicke des Todes des Vaters gerechnet werden konnte, und daß also nothwendig dieses Vermögen bei Legaten-Errichtung von Seiten des Vaters außer Betracht bleiben mußte, leuchtet doch wahrlich von selbst ein.

14) L. 41 §. 3 de test. milit. (29, 1), l. 126 pr. de legat. I., l. 103 pr. de legat III., l. 87 §. 7 ad leg. Falcid. (35, 2), l. 24 C. de legat. (6, 37).

doch ein Theil der väterlichen Erbschaft auf den Substituten gekommen wäre.[15]) Wäre aber das unmündige Kind zwar exheredirt, aber zugleich einem Erben des Vaters substituirt,[16]) und dieser Substitutionsfall wirklich eingetreten, so kommt ja doch der Pupill vermöge väterlicher Erbeinsetzung zur Succession, und es versteht sich also von selbst, daß in solchem Falle auch der Pupillar-Substitut des enterbten Unmündigen ganz eben so mit Vermächtnissen belastet werden darf, wie wenn der Unmündige primo gradu instituirt gewesen wäre.[17])

---

15) L. 41. §. 3. de test. milit.: „licet ampla legata reliquerit exheredato," l. 24 C. de legat. Ob aber in einem solchen Falle vor Justinian's Dezision in l. 24 C. cit. der Pupillar-Substitut auch nicht einmal mit einem Fideikommiß habe belastet werden können, ist mir noch immer, ungeachtet der Erörterungen Huschke's a. a. O. VI. S. 376 fg. S. 389 fgg. sehr zweifelhaft. — Daß übrigens dann, wenn der Pupillar-Substitut selbst in dem väterlichen Testamente mit einem Vermächtnisse bedacht worden ist, derselbe auch mit einem After-Vermächtniß onerirt werden kann, versteht sich von selbst, und eben so leidet es keinen Zweifel, daß wenn der Vater dem exheredirten Pupillen ein Vermächtniß hinterlassen hat, er auch diesen Pupillen mit einem After-Vermächtniß belasten darf, vgl. auch l. 41 §. 3 fin. de vulg. et pup. subst. (28, 6). Für unsre Betrachtung sind übrigens diese Fälle gleichgiltig, da von einem Abzug der Falzidischen Quart bekanntlich nur dann die Rede sein kann, wenn der direkte Erbe mit einem Vermächtnisse belastet ist.

16) Dabei ist es gleichgiltig, ob es vulgariter oder pupillariter substituirt ist; die l. 87 §. 7 ad leg. Falc. redet freilich nur von der Pupillar-Substitution, aber um so mehr gilt dasselbe von dem Falle der Vulgar-Substitution.

17) L. 87 §. 7 ad leg. Falcid.: „Qui filios impuberes duos habebat, alterum heredem instituit, alterum exheredavit, deinde exheredatum instituto substituit ac postea exheredato Maevium, et ab eo legavit, et exheredatus fratri impuberi extitit heres, deinde impubes decessit; quum judicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant, potest dici, legata ab eo relicta praestanda esse, habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit."

Käme dagegen die väterliche Erbschaft nicht durch Substitution, also nicht judicio patris, sondern etwa dadurch an den exheredirten Pupillen, daß derselbe seinen zum Erben eingesetzten Bruder ab intestato beerbt: so bleibt es bei der obigen Regel, daß dem Pupillar-Substituten keinerlei Vermächtnisse rechtsgiltig aufgelegt werden können.[18])

Hiernach bleiben für unsere Betrachtung über die Berechnung der Falzidischen Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten nur die folgenden drei Hauptfälle übrig:

1) wenn der Pupill instituirt, der Substitut aber in dem väterlichen Testamente nicht eingesetzt ist;

2) wenn der Pupill exheredirt, der Substitut dagegen instituirt ist;

3) wenn Beide, der Pupill und der Substitut, instituirt sind.

Am Schlusse dieser Darstellung ist dann aber

4) noch der besondere Fall in's Auge zu fassen, wenn für mehrere unmündige Kinder derselbe Substitut ernannt ist.

---

18) In der zweiten Hälfte der l. 87 §. 7 cit. setzt Julian ausdrücklich dem Falle, wenn der Exheredirte durch Substitution die Erbschaft des Bruders erhält, den andren gegenüber, wenn dies „aut lege, aut per interpositam personam" geschieht: „Dicet aliquis: quid ergo, si exheredatus filius non ex substitutione fratri suo heres extiterit, sed aut lege, aut per interpositam personam, atque ita impubes decesserit, sic quoque existimandus erit substitutus legata debere? Minime, nam quantum intersit, exheredatus filius ex substitutione fratri suo heres existat, an alio modo, vel ex eo apparet, quod alias ab eo legare pater potuit, alias non potuit. Est igitur rationi congruens, ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat." Vgl. auch l. 103 pr. §. 1 de legat. III. (daß im Eingang der l. 103 cit. gelesen werden muß: „si pater exheredato filio instituit heredem extraneum" statt des handschriftlichen völlig sinnlosen: substituit, haben nach dem Vorgange von Cujacius Obs. II. 32 alle besseren Interpreten anerkannt, vgl. die Nachweisungen bei Schult. et Smallenb. ad h. l. V. p. 344 und s. auch z. B. Francke, Recht der Notherben S. 162 Not. 36, Mühlenbruch Komm. XL. S. 406 Not., Huschke, a. a. O. VI. S. 385 u. A. m.).

I.

Was den ersten Hauptfall anbelangt: wenn zwar der Pupill, aber nicht auch der Substitut in dem väterlichen Testamente eingesetzt ist, und der Substitutions-Fall wirklich eintritt, so müssen dafür in konsequenter Anwendung des vorher bei Nr. 1. angedeuteten Prinzips folgende zwei Sätze aufgestellt werden:

1) Bei Berechnung der Falzidischen Quart bleibt unter allen Umständen das eigene Vermögen des Pupillen außer Betracht, indem der Pupillar-Substitut nicht nur in Betreff der Vermächtnisse, mit welchen der Pupill belastet ist, sondern auch in Betreff derjenigen, welche ihm selbst aufgelegt sind, ausschließlich die dem Pupillen hinterlassene väterliche Erbschaft zur Grundlage der Berechnung nimmt, und zwar die väterliche Erbschaft im Augenblicke des Todes des Vaters, so daß spätere Vermehrungen oder Verminderungen derselben ohne allen und jeden Einfluß bleiben. Setzen wir, die väterliche Erbschaft beträgt zur Todeszeit des Vaters 400, und die dem Pupillen oder dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse belaufen sich auf 350, so zieht der Substitut den Legataren immer 50 ab, sollte auch im Augenblicke des Todes des Pupillen die Erbschaft bis zu 500 oder noch mehr angewachsen sein. Nehmen wir aber umgekehrt, daß in dem obigen Falle der Betrag der Legate blos 300 ist, so muß der Substitut, Falls er wirklich antritt, stets die vollen Legate auszahlen, sollte auch die Erbschaft zur Todeszeit des Pupillen nur noch 300 oder noch weniger betragen, und es kann also leicht kommen, daß der Substitut nicht nur keine Quart übrig behält, sondern auch noch von dem Seinigen zulegen muß. 19)

19) Die Konsequenz dieser bei flüchtiger Betrachtung vielleicht auffälligen Behauptung leuchtet von selbst ein, wenn man erwägt, daß es sich hier genau so verhält, wie wenn eine im Augenblicke des Todes des

2) Sämmtliche Vermächtnisse, sowohl die dem Pupillen, als auch die dem Substituten aufgelegten, werden zum Zweck der Berechnung der Falzidischen Quart gerade so zusammengezählt, und der Substitut zieht von ihnen allen die Quart gerade so ab, wie wenn er der unmittelbare Erbe des Vaters wäre, und sämmtliche Vermächtnisse ihm aufgelegt worden wären; und dies ist es, was die Römer sprüchwörtlich so auszudrücken pflegten: „*in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari.*" Setzen wir, die Erbschaft des Vaters beträgt 400, der Pupill ist mit einem Vermächtnisse von 200, und der Substitut mit einem Vermächtniß von 150 belastet, so liegt folgende Argumentation nahe: da der Pupill nur die Hälfte seiner Portion an Legatare verausgaben soll, so muß dieses Vermächtniß voll ausgezahlt werden, und da hierdurch die dem Substituten deferirte Erbschaft auf 200 herabgebracht, und dieser nur mit einem Vermächtniß von 150 belastet ist, so muß auch dieses Vermächtniß ohne Abzug geleistet werden, da ihm ja der vierte Theil *seiner* Erbportion (= 200) frei bleibt. Diese Argumentation muß aber in Folge des obigen Grundsatzes unbedingt verworfen werden, und man muß Statt dessen vielmehr so sagen: als Erbportion des Substituten ist die ganze dem Pupillen hinterlassene väterliche Erbschaft (= 400) anzusehen, und von *dieser* Portion muß ihm ein Viertheil (= 100) frei bleiben; diese Portion ist aber durch die beiden darauf gelegten Vermächtnisse (200 + 150) um 50 überschwert, und diese 50 zieht also der Substitut verhältnißmäßig den beiden Legataren ab, so daß Statt

---

Erblassers vollkommen suffiziente Erbschaft sich *während der hereditas jacens* so vermindert, daß sie zur Deckung der Vermächtnisse nicht mehr ausreicht; auch hier muß bekanntlich der Erbe die vollen Vermächtnisse auszahlen, „nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem, quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci," l. 73 pr. ad leg. Falcid. (35, 2).

200 nur $171\frac{3}{7}$, und Statt 150 nur $128\frac{4}{7}$ auszuzahlen sind.[20])

Diese beiden Sätze gehen, wie gesagt, mit innerer Nothwendigkeit aus dem richtig verstandenen Princip: pater de suo legat hervor, und wir bedürfen also gar keiner weiteren speziellen Quellen-Zeugnisse dafür. Doch sind auch deren vorhanden, und zwar gehört dahin

1) vor allen Dingen der klare und völlig unzweideutige Ausspruch des Gaius in l. 79 ad leg. Falcid.:

„In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid vel deminuerit, sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tanquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset."

Einer Erläuterung bedarf diese Stelle nicht, da Gaius in seiner bekannten lichtvollen Weise beide oben angedeuteten Sätze so scharf und bestimmt hinstellt, daß auch nicht der mindeste Zweifel übrig bleibt.

2) Hierher gehört ferner die unendlich oft besprochene,[21]) und im Einzelnen vielfach mißverstandene Entscheidung Papinians in l. 11 §. 5 ad leg. Falcid.:

„Quod vulgo dicitur: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae po-

---

20) Da nämlich $200 : 150 = 4 : 3$, so werden dem ersten Legatar $\frac{4}{7}$ von 50 ($= 28\frac{4}{7}$), dem Zweiten aber $\frac{3}{7}$ von 50 ($= 21\frac{3}{7}$) abgezogen.

21) Vgl. unter den Aelteren insbes. Govean., Duaren., Donell., Cujac. u. Voorda an den oben in Not. 1 angeff. OO., unter den Neuern besonders v. d. Pfordten a. a. O. S. 33 fgg. u. Huschke cit. VI. S. 392 fgg.

terit evenire, ne substitutus quidquam retineat, vel ut[22]) longe plus habeat quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo [quadrante nimirum][23]) dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur."

Papinian's Gedankengang in der ersten Hälfte der Stelle bis zu den Worten: Quid ergo etc. ist kaum einer Mißdeutung fähig. Er will die Bedeutung der sprüchwörtlichen Regel in tabul. patr. et filii unam Falcidiam servandam esse entwickeln, und sagt zu diesem Zwecke: „Wenn es auch im Allgemeinen wahr sei, daß der Pupillarsubstitut die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse eben so wie jede andere Erbschaftsschuld zu bezahlen habe [woraus folgen würde, daß er sie immer in demselben Umfange entrichten müßte, in welchem der Pupill sie zu entrichten verpflichtet war], so leide dies doch in Folge jener sprüchwörtlichen Regel dann eine Modifikation, wenn auch dem Substituten selbst Vermächtnisse aufgelegt seien, denn diese müßten in Gemäßheit jener Regel mit den dem Pupillen aufgelegten Legaten zusammengezählt, und dann für alle gemeinsam die Falzidische Quart berechnet werden [wodurch es dann allerdings dahin kommen kann, daß der Substitut die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse nicht in dem vollen Umfange zu leisten braucht, in welchem der Pupill sie hätte leisten

22) Daß man nicht velut lesen darf, brauchte kaum besonders hervorgehoben zu werden, wenn nicht die meisten neuern Ausgaben, z. B. auch die Gebauer'sche und die Kriegel'sche, noch fortwährend diese sinnlose Lesart hätten.

23) Die hier eingeschlossenen Worte bilden allerdings die handschriftliche Lesart, müssen aber gewiß als unechtes Glossem aus dem Texte ausgemerzt werden: s. weiter unten.

müssen, wenn der Fall der Pupillar-Substitution gar nicht eingetreten wäre].[24]) Die Folge dieser Zusammenrechnung sei aber die, daß nach Verschiedenheit der Fälle der Substitut bald gar nichts von der väterlichen Erbschaft zurückbehalte, bald aber viel mehr als das Viertheil derselben bekomme [das Erste nämlich dann, wenn die Erbschaft sich bis zum Tode des Pupillen vermindert, das Zweite dann, wenn sich dieselbe bis zu dieser Zeit beträchtlich vermehrt hat]." Soweit ist, wie gesagt, keine erhebliche Schwierigkeit, und im Wesentlichen sind darüber auch unsere besseren Interpreten vollkommen einverstanden.[25]) Was dagegen die zweite Hälfte der Stelle anbelangt, von den Worten: quid ergo an, so gehen die Ansichten der Ausleger über Deutung und Lesart sehr auseinander, und zwar lassen sich drei Hauptgruppen unterscheiden, als deren Repräsentanten wir Goveanus, Cujacius und Donellus betrachten dürfen.

---

24) Man nehme zur Erläuterung den oben angegebenen Fall. Hielte man strikt an dem Satze fest, daß der Substitut die dem Pupillen aufgelegten Legate wie eine Erbschaftsschuld entrichten müsse, so müßte er das Legat von 200 voll auszahlen, gerade so, wie der Pupill es wirklich entrichten muß, wenn der Substitutions-Fall gar nicht eintritt. Wegen der contributio legatorum leidet aber jener Satz eine Modifikation, indem nun sowohl das Legat von 200, als auch das dem Substituten aufgelegte Vermächtniß von 150 einem Abzug unterworfen ist.

25) Vgl. die sämmtlichen in Not. 21 angeff. Schriftsteller, u. s. auch Papillon. cit. p. 745, Carvalho cit. p. 177, Hoffmann a. a. O. S. 346 fgg. u. A. m. In wahrhaft unbegreiflicher Weise hat dagegen Mühlenbruch Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. XL. S. 399 fgg. unsere Stelle mißverstanden. Er nimmt nämlich an, daß Papinian in den Worten: quamvis enim substitutus bis zu den Worten quid ergo zwei Fälle einander gegenüber setze, den einen, wenn der Pupill wirklich Erbe werde — und hierfür gelte unbedingt die Regel, daß der Substitut die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse wie ein aes alienum der Erbschaft zahlen müsse — und den andren, wenn er nicht Erbe werde, und nur für diesen Fall schreibe Papinian die contributio legatorum vor! Einer Widerlegung bedarf dieser handgreifliche Irrthum offenbar nicht, s. auch v. d. Pfordten a. a. O. S. 36. Anm., Hoffmann a. a. O. S. 348 Anm.

Goveanus a. a. O. S. 185 geht davon aus, daß Papinian mit den Worten quid ergo etc. zu einer neuen weiteren Konsequenz der Regel in tabulis patris rel. fortschreite. Während er nämlich bis dahin blos angedeutet habe, daß in Folge jener Regel es dahin kommen könne, daß der Substitut mehr als ein Viertheil der väterlichen Erbschaft lucrire, oder auch, daß er nichts zurückbehalte, wolle er jetzt hervorheben, daß er sogar aus seinem eigenen Vermögen Vermächtnisse zu entrichten verpflichtet sein könne. Der von Papinian behandelte Fall sei der, wenn die väterliche Erbschaft zwar wohl zur Todeszeit des Vaters zur Deckung der Vermächtnisse hingereicht, dieselbe sich aber so vermindert habe, daß sie zur Todeszeit des Pupillen nicht mehr dazu ausreiche, z. B. der Vater habe 100 hinterlassen, und Legate bis zum Betrag von 75 aufgelegt, in der Erbschaft des Pupillen fänden sich aber nur noch 60. Die Entscheidung Papinian's gehe dahin, „der Substitut müsse hier aus seinem eigenen Vermögen das Fehlende zulegen, („de suo dabit substitutus"), und man könne hiergegen auch nicht einwenden, daß doch Vermächtnisse niemals über den Bestand der Erbschaft entrichtet zu werden brauchten, denn dies greife hier deßhalb nicht ein, weil die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse so aufgefaßt werden müßten, als seien sie in primis tabulis hinterlassen [d. h. weil sie nicht als Belastungen der Pupillar-Erbschaft, sondern als Belastungen der väterlichen Erbschaft angesehen werden müßten, und folglich auch nicht der Bestand der Pupillar-Erbschaft, sondern lediglich der Bestand der väterlichen Erbschaft in Betracht gezogen werden dürfe]." Daß nach dieser Auffassung das Wort: quadrante schlechthin nicht paßt, leuchtet von selbst ein, und Govea nimmt daher auch keinen Anstand, dasselbe als ein in den Text eingeschlichenes Glossem eines unbedachtsamen Auslegers auszumerzen.[26])

26) Wenn Roßhirt Verm. I. S. 533 fg. Not. die Emendation

Cujacius[27]) faßt den Fall, welchen Papinian entscheiden wolle, ganz so auf, wie Govea, glaubt aber, daß der Jurist denselben dahin entscheide, daß der Substitut zwar allerdings die Falzidische Quart einbüße [„de suo quadrante nimirum dabit substitutus"], und also nichts aus der Erbschaft lucrire, aber auch in diesem Falle niemals verpflichtet sei, aus eigenem Vermögen etwas zuzulegen. Gesetzt, die väterliche Erbschaft betrage 400, und es seien Legate bis zum Belauf von 300 ausgesetzt; wenn sich hier die väterliche Erbschaft um 150 verminderе, so daß zur Todeszeit des Pupillen nur noch 250 übrig seien, so könne zwar allerdings der Substitut keine Quart abziehen, aber er brauche auch nie mehr als diese 250 an die Legatare zu entrichten. In dem folgenden Passus: quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii seien die letzten Worte gleichbedeutend mit: ultra dodrantem, denn eine Belastung über drei Viertheile sei im Rechtssinn eine Belastung ultra vires patrimonii. Hiernach kommt Cujacius zu dem Schlusse, daß Goveanus sehr mit Unrecht die Worte: quadrante nimirum ausmerze, da sie vielmehr ein wesentliches und unentbehrliches Stück der Papinianischen Entscheidung bildeten.

Donellus a. a. O. endlich ist der Sache nach ganz mit Goveanus einverstanden, indem auch er annimmt,

---

von Govea so darstellt, als wenn dieser das Wörtchen suo vor quadrante wegstreiche, so ist dieses irrig. — Der Ansicht von Govea sind Viele beigetreten, z. B. unter den Aelteren Papillon. cit. p. 754 sq. und besonders Voorda cit. p. 279 sqq., und Bernstorff cit. p. 133 sqq., unter den Neueren besonders Huschke a. a. O. VI. S. 393 fgg. u. Herrmann a. a. O. S. 415 fgg. (welcher aber darneben die allerdings originelle Meinung vertheidigt, daß der Schlußsatz: nec ad rem pertinet etc. ein „zuverlässiges emblema Triboniani" sei, wobei man auf l. 22 C. de jure delib. Rücksicht genommen habe, und dessen Sinn der sei, „daß sogar das beneficium inventarii den heres substitutus vor diesem Nachtheile nicht zu schützen vermöge!!"

27) Observat. IV. 34 u. bes. in dem Kommentar zu den quaest. Papin. ad h. l. tom. IV. p. 765 sq. Ihm folgt z. B. Carvalho cit. p. 177.

daß der Substitut unter Umständen die Legate selbst aus eigenem Vermögen zu bezahlen verpflichtet sei; nur glaubt er, daß Papinian dies nicht besonders hervorhebe, sondern in den Worten quid ergo etc. nur die eine der beiden von ihm vorher berührten Folgen, nämlich „ne substitutus quidquam retineat“ genauer ausführe, und also einen Fall im Auge habe, in welchem sich die väterliche Erbschaft gerade nur soweit vermindert habe, daß sie eben noch zur Deckung der Vermächtnisse hinreiche, aber keine freie Quart mehr übrig bleibe.[28] Donellus läßt also allerdings die Worte: quadrante nimirum im Texte stehen, ohne aber irgend damit die Folgerungen zu billigen, welche Cujacius daraus ableitet.[29]

Daß die Ansicht von Cujacius verwerflich ist, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Er geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß ein Erbe überhaupt niemals den Legataren über den Bestand der Erbschaft im Augenblick der Antretung haftbar sei, und daß Verminderungen der Erbschaft vor der Antretung höchstens den Einfluß äußern könnten, daß die Falzidische Quart nicht abgezogen werden dürfe, aber nie dahin führten, daß der Erbe aus eigenen Mitteln Legatare befriedigen müsse;[30] und unter dieser Voraussetzung würde freilich auch seine oben angegebene Ansicht über die Haftpflicht der Pupillar-Substituten durchaus konsequent sein. Jene Voraussetzung aber ist entschieden irrig, und mit der klarsten

28) „Ideo autem de quadrante solum meminit Papinianus, quia proposuit hereditatem pupilli non plane absumtam esse, sed retento illo quadrante, qui a principio salvus erat, eam non sufficere legatis.“

29) Eben so auch Duaren. cit. p. 571 sq., unter den Neueren besonders v. d. Pfordten a. a. O. S. 37 fgg. u. Hoffmann a. a. O. S. 347 fg.

30) Cujac. beruft sich auf l. 1. §. 3. si cui plus (35, 3): „mihi videtur verius, non amplius eum parte sua erogare compelli“; vgl. auch l. 1. §. 17 fin. ad SC. Trebell. (36, 1): „neminem enim oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, ut rescripto D. Pii continetur“

gesetzlichen Aussprüchen in offensichtlichem Widerspruch, indem darnach die Frage: in welchem Umfange die Vermächtnisse zu leisten seien? ausschließlich nach dem Augenblicke des Todes des Erblassers beantwortet werden muß, und alle später eintretenden Verminderungen der Erbschaft ohne allen und jeden Einfluß bleiben,[31] so daß es sehr leicht dahin kommen kann, daß der Erbe noch aus eigenem Vermögen zur Deckung der Vermächtnisse zuschießen muß.[32] Erkennt man aber dies an, so kann es keinen Zweifel leiden, daß auch der Pupillar-Substitut, wenn er unvorsichtig antritt, leicht möglich in die Lage kommen kann, Vermächtnisse aus eigenen Mitteln bestreiten zu müssen, womit die Deduction von Cujacius von selbst zusammenfällt.

Was die beiden andern oben angegebenen Erklärungen anbelangt, so führen sie beide zu demselben Resultate, und es hängt also dem praktischen Effekte nach nichts da-

---

31) Vgl. bes. l. 73 pr. ad leg. Falcid.: „In quantitate patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectare. — — — si ex centum septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis aut morte servorum, ut non plus quam septuaginta quinque, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur“; s. auch den fast wörtlich übereinstimmenden §. 2 J. de lege Falc. (2, 23). Cujacius wendet zwar ein, solida legata bedeute nur, daß die Legate ohne Quartabzug, aber keineswegs, daß sie in ihrem vollen Betrage ausgezahlt werden müßten, und wenn also z. B. in dem Falle der l. 73 die Erbschaft bis auf 50 sich vermindert habe, so brauche der Erbe auch blos 50 zu bezahlen, und doch könne man recht gut sagen: solida legata debentur! Mit eben dem Rechte würde man dann auch, wenn etwa die ganze Erbschaft vor dem Antritt zu Grunde gegangen, und der Erbe dann nach der Meinung des Cujacius den Legataren nichts zu geben hätte, doch sagen können: solida legata debentur!

32) Sehr richtig sagt Voorda cit. p. 281 not.: „ultra vires hereditatis relictae nunquam praestatur, at saepe ultra id quod accepit heres“, und eben so richtig fügt er hinzu, daß sich durch den ersten Satz auch genügend die von Cujaz für sich angeführte l. 1 §. 3 si cui plus und l. 1 §. 17 ad SC. Trebell. (s. Not. 30) erklären.

von ab, welcher von beiden man zustimmt. Ich trage übrigens keinen Augenblick Bedenken, mich der Ansicht von Goveanns anzuschließen, indem nur darnach alle einzelnen Theile unsrer Stelle in einem wahrhaft befriedigenden Zusammenhange stehen, und namentlich würde der Einwand, welchen sich Papinian macht, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, seine ganze Spitze verlieren, wenn man nicht die Entscheidung, gegen welche er gerichtet ist, so auffaßt, daß darnach wirklich der Substitut über den Bestand der Pupillar-Erbschaft hinaus, also de suo, verhaftet sein soll. Daß den Basiliken die Lesart: de suo quadrante zu Grunde liegt,[33]) worauf noch Cujacius besonders Gewicht legt, beweis't wohl nur, daß das Glossem sehr alt ist, und mit Recht führt als Gegengewicht Huschke das schol. des Cyrillus ad h. l.[34]) an, wornach „integra legata a substituto exiguntur, licet pupilli patrimonum non sufficiat." —

So werden denn unsere beiden obigen Sätze (S. 226 fg.) in vollem Umfange auch durch l. 11 §. 5 cit. bewiesen. Der Satz: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servandam esse bildet das eigentliche Hauptthema dieses Gesetzes, und bei dessen Durchführung wird auch der andere Satz: daß nur die väterliche Erbschaft nach ihrem Bestande im Augenblicke des Todes des Vaters die Grundlage der Berechnung der Falzidischen Quart bilde, in allen seinen wesentlichen Konsequenzen in erschöpfender Weise entwickelt.

3) Ein fernerer unzweideutiger Beleg für unsre obigen Sätze liegt endlich in Folgendem. Wenn ein Erbe mit bedingten und mit unbedingten Legaten belastet ist, so

33) Basil. XLI. I. fr. 11 §. 5: „δίδωσιν ὁ ὑποκατάστατος ἐκ τοῦ οἰκείου τρίτου" (Die Umwandlung des Viertheils in ein Drittheil erklärt sich von selbst durch Nov. 18).

34) Bei Fabr. schol. b tom. V. p. 413, bei Heimb. schol. 8 tom. IV. p. 97.

werden bekanntlich nach der herrschend gewordenen Lehre der Sabinianer die erstern bei Berechnung der Falzidischen Quart noch gar nicht in Ansatz gebracht, sondern die unbedingten müssen vollständig so ausgezahlt werden, wie wenn die übrigen gar nicht da wären; wohl aber müssen die Legatare, ehe sie ihre Befriedigung verlangen können, Kaution stellen, daß, wenn die Bedingung der übrigen Vermächtnisse eintreten, und sich dadurch eine Ueberschwerung der Quart herausstellen sollte, sie das zu viel Empfangene restituiren würden.[35] Diese Kaution wird nun auch vollständig auf den Fall angewendet, wenn einem Pupillen und seinem Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind. Wenn nämlich der Pupill die väterliche Erbschaft angetreten hat, und also zur Auszahlung der ihm aufgelegten Vermächtnisse verpflichtet ist, so müssen die Legatare auch hier jene Kaution für den Fall leisten, daß der Pupillar-Substitut an die Reihe kommen, und durch die ihm aufgelegten Vermächtnisse eine Ueberschwerung der Quart herbeigeführt würde.[36] Dies setzt aber nothwendig voraus, daß die dem Pupillen und dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse zusammen gerechnet werden, und von ihnen allen gemeinsam eine Quart abgezogen wird, und gerade dies wird dann auch von Ulpian als der entscheidende Grund für jene Kautionspflicht hervorgehoben, l. 1 §. 1 si cui plus quam per leg. Falc. (35, 3):

---

35) L. 1 pr. §. 7 si cui plus quam per leg. Falc. (35, 3), l. 1 §. 12, l. 45 §. 1, l. 73 §. 2 ad leg. Falc. (35, 2) u. a. m.

36) L. 1 §. 12 ad leg. Falcid.: „Interdum omnimodo necessarium est, solidum solvi legatario interposita stipulatione: quanto amplius, quam per legem Falcidiam ceperit, reddi, veluti si, quae a pupillo legata sint, non excedant modum legis Falcidiae, veremur autem, ne impubere eo mortuo alia legata inveniantur, quae contributione facta excedant dodrantem." Vgl. l. 5 §. 6 fin., l. 31, l. 80 pr. fin., l. 84 ad leg. Falc., l. 1 §. 1. 2 si cui plus (35, 3). Der Vormund des Pupillen ist dafür verantwortlich, daß diese Kautionsstellung nicht versäumt wird, l. 1 §. 2 si cui plus., l. 84 ad leg. Falc.

„Neque interest, utrum in primis tabulis hoc fiat, an in pupillaribus, an in utrisque; etenim legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, jam convenit, contributis legatis tam his, quae ab ipso pupillo, quam his, quae a substituto impuberi relicta sunt.“ —

Wir haben bisher den Fall betrachtet, wenn der Vater für sein unmündiges Kind einen Pupillar-Substituten ernannt hat, und wir haben hierfür den wichtigen Grundsatz kennen gelernt, daß der Substitut immer dann, aber auch nur dann die Falzidische Quart abziehen kann, wenn die sämmtlichen von ihm zu prästirenden Vermächtnisse — seien sie ihm selbst, oder seien sie dem Pupillen aufgelegt — zusammengenommen mehr wie drei Viertheile der väterl. Erbschaft ausmachen, und daß es dabei gar nicht darauf ankommt, wie viel oder wie wenig von dieser Erbschaft wirklich an den Substituten gelangt, und es also namentlich leicht geschehen kann, daß er nicht bloß Nichts aus der ihm zugefallenen Pupillar-Erbschaft zurückbehalten darf, sondern sogar noch aus eigenem Vermögen zulegen muß. Es bleibt jetzt noch der andre Fall zu betrachten übrig, wenn mehrere Substituten ernannt sind, und namentlich haben wir die interessante Frage zu beantworten, ob auch in diesem Falle die Quart nur dann abgezogen werden dürfe, wenn die väterliche Erbschaft, wie sie dem Pupillen deferirt wurde, überlastet ist? oder ob vielmehr jeder einzelne Substitut auch schon dann die Quart abzuziehen berechtigt ist, wenn nur seine Substitutions-Portion mit Vermächtnissen überschwert ist? Setzen wir, die väterliche Erbschaft beträgt 400, Titius und Sejus sind zu Pupillar-Substituten ernannt, und Titius soll 250 an Legatare auszahlen, während dem Sejus keine Vermächtnisse aufgelegt sind. Wird hier bei dem Quartabzug lediglich auf die Größe der Erbschaft, wie sie dem Pupillen deferirt ist, Rücksicht genommen, so ist offenbar

keine Ueberschwerung vorhanden, und es müssen die vollen Vermächtnisse ausgezahlt werden; muß aber umgekehrt die Größe der Substitutions-Portion in Betracht gezogen werden, so erscheint allerdings die Portion des Titius überschwert, und er kann dann die Quart abziehen, obwohl der Pupill selbst, wenn er mit diesen Vermächtnissen onerirt wäre, keinen Abzug zu machen berechtigt war. Obwohl sich nun allerdings auch für die erstre Betrachtungsweise recht scheinbare Gründe anführen lassen, wie wir nachher sehen werden, so muß man sich doch bei genauerer Erwägung unbedingt dagegen erklären, und vielmehr das Dogma aufstellen, daß dann, wenn mehrere Substituten ernannt sind, jeder Einzelne von seiner Portion insbesondre die Quart abzuziehen berechtigt ist, einerlei ob auch der andre Substitut überlastet ist, oder nicht.

Die genauere Entwicklung dieses Dogma und die Beseitigung der dagegen möglichen Einwendungen wird sich am Einfachsten an die Betrachtung der l. 11 §. 6 ad leg. Falcid. anreihen, wo Papinian in unmittelbarem Anschluß an die oben näher besprochene l. 11 §. 5 eod. unsre Frage zwar nicht sehr klar, aber um so gründlicher und sorgfältiger behandelt.[37]) Die ganze Stelle zerfällt in zwei Theile, von denen der erste den Fall behandelt, wenn die Portion des einen Substituten durch solche Vermächtnisse, die ihm selbst aufgelegt sind, überlastet ist, während in der zweiten Hälfte, von den Worten quid tamen dicemus rel. an, Papinian sich mit dem andren Falle beschäftigt, wenn die Ueberschwerung der einzelnen Substitutions-Portion durch Zusammenrechnung der dem Pupillen und Substituten aufgelegten Vermächt-

37) Vgl. die oben in Not. 21 angef. Schriftsteller, welche sich sämmtlich auch über l. 11. §. 6 cit. ausführlich aussprechen; s. auch noch meine Pandekten II. S. 477 fgg., Hoffmann a. a. O. S. 349 fgg., Sigmund a. a. O. S. 30 fgg., Herrmann a. a. O. S. 415 fgg.

nisse herbeigeführt wird. Der erste Theil des Gesetzes lautet so:

„Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli substitutus? Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque institutus[38]) si patri heres extitisset; ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis.“

Schon gleich bei Aufstellung der Frage deutet Papinian auf Bedenklichkeiten hin, die sich der Bejahung derselben entgegenzustellen scheinen. Der Fall, den er entscheiden will, ist nämlich der, wenn der Vater zwei Pupillar-Substituten ernannt, und nur den Einen von ihnen mit Vermächtnissen überlastet hat, und wir können also unbedenklich das oben angeführte Beispiel zu Grunde legen, wornach bei einem Vermögen von 400

38) Handschriften und Ausgaben lesen übereinstimmend: ita, was dann bald vor bald nach: si gesetzt wird, aber immer unpassend und anstößig ist. Ich nehme keinen Anstand, die vortreffliche Konjektur von Huschke cit. VI. S. 408 zu adoptiren. Das ita ist aus der Sigle II (= institutus, Putsch. gramm. pag. 1675) hervorgegangen, und mit Recht macht Huschke darauf aufmerksam, daß hier fast der umgekehrte Fehler zu verbessern sei, wie bei Ulp. fragm. VI. 2 und XX. 6, wo nach den keinen Zweifel übrig lassenden Ausführungen Schilling's diss. crit. de Ulp. fragm. p. 3 sqq. und animadvv. critt. ad Ulp. fragm. spec. I. et II. pag. 60 sqq., im Cod. Vatic. institutus Statt item steht. — J. Gothofred. ad leg. XII tabb. lib. V (in Otton. thes. III. p. 157) will Statt ita lesen primis tabulis (I.TA), was dem Sinne nach mit Huschke's Vorschlag übereinstimmt, aber als zu kühn wohl mit Recht von Bynckershoek Obss. I. 23 bekämpft wird. Der neueste Versuch von Herrmann S. 414, ita in iste zu verwandeln, ist völlig mißrathen.

der eine Substitut Titius mit Vermächtnissen bis zum Betrag von 250, der andre, Sejus, aber gar nicht oder ganz unbedeutend onerirt ist. Unter Zugrundelegung dieses Beispiels lautet die Frage, welche Papinian aufwirft, so: „Kann sich in diesem Falle Titius die Falzidische Quart von seiner Substitutions-Portion abziehen, während doch der Pupill selbst, wenn er mit diesen Vermächtnissen belastet wäre, die Quart nicht abziehen könnte, und auch dann von einem Quartabzug keine Rede wäre, wenn nur ein einziger Pupillar-Substitut vorhanden, und diesem die Vermächtnisse aufgelegt wären?“ 39) Die Beantwortung dieser Frage beginnt der Jurist mit Entwicklung des hauptsächlichen Einwands, welchen man gegen deren Bejahung vorbringen kann, und welcher dahin geht: „wenn man sich an die vorher (in l. 11 §. 5 cit.) aufgestellten Grundsätze erinnere, daß der Substitut die Quart nicht aus der Pupillar-Erbschaft, sondern lediglich aus der väterlichen Erbschaft berechne, (consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt), und daß es demgemäß wohl dahin kommen kann, daß der Substitut über den Bestand seiner Pupillar-Erbschaft verhaftet wird: so könne man leicht zu der Meinung kommen, daß dieses auch in dem vorliegenden Falle sich ganz eben so verhalte, und also auch hier der

---

39) Wäre in unserem Beispiele Titius der einzige Substitut, so könnte er offenbar keine Quart abziehen, sondern müßte die vollen 250 an die Legatare bezahlen. Dies ist der einfache Sinn der Worte: vel unus pupilli substitutus, wie er auch von der Glosse an von den bei weitem meisten Interpreten aufgefaßt wird. Unbegreiflicher Weise bezieht aber Donellus cit., und nach ihm Sintenis (im deutsch. Corp. jur. Bd. III. S. 653) diese Worte auf den zweiten, nicht onerirten Substituten, so daß die Frage Papinian's die wäre: „ob Titius die Quart abziehen dürfe, da doch weder der Pupill noch auch der andre Substitut Sejus zu einem solchen Abzuge berechtigt seien?“ Einen so absurden Zweifelsgrund anzuführen, konnte dem Juristen wohl schwerlich in den Sinn kommen! Offenbar ist hier unus nicht der Gegensatz zu dem alter, sondern soviel wie unicus.

Substitut Titius nicht allein keine Quart abziehen, sondern sogar auch über den Bestand seiner Portion aus eigenem Vermögen zulegen, also die vollen 250 bezahlen müsse."[40]) Ungeachtet dieses Einwands erklärt sich jedoch Papinian entschieden für die entgegengesetzte Ansicht, also dafür, daß allerdings Titius von seiner Portion insbesondre die Quart abziehen dürfe, und also nur 150 an die Legatare zu bezahlen brauche, ganz eben so, wie wenn er jene Portion als unmittelbarer Erbe des testirenden Vaters erhalten hätte[41]) (perinde — — atque si

40) Dieses ist m. E. der ganz unzweifelhafte Sinn der Worte: „non esse Falcidiae locum, et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum," und damit stimmen auch die weit meisten Ausleger überein, nur daß z. B. Cujacius natürlich auch hier wieder, eben so, wie in l. 11 §. 5 cit., das ultra vires patrimonii für gleichbedeutend mit ultra dodrantem erklärt, und darnach den Titius nur zur Prästation von 200 für verpflichtet hält. Ganz anders aber fassen Roßhirt Verm. I. S. 534 und v. d. Pfordten a. a. O. S. 52fgg. diese Worte auf. Sie beziehen nämlich das alterum substitutum nicht auf den überschwerten Substituten Titius, sondern auf den zweiten nicht onerirten Substituten Sejus, und verstehen demnach den Zweifelgrund, welchen Papinian hier aufstellt, so: „man könne leicht zu dem Gedanken kommen, daß der Substitut Titius die Quart nicht abziehen könne, und überdies der Theil der Vermächtnisse, welcher die Portion des Titius übersteige (also in unsrem Beispiele 50), von dem andren Substituten Sejus prästirt werden müsse." Dieser Gedanke wäre aber so absurd und so gar nicht civilistisch konstruirbar, daß man nicht begreifen könnte, wie Papinian dazu gekommen wäre, denselben als einen sehr scheinbaren („facile quis dixerit") Einwand seiner Meinung entgegen zu stellen. Offenbar ist vielmehr der alter substitutus derselbe überschwerte Substitut, von dessen Portion schon vorher die Rede war („alterius portionem oneraverit"), und auf welchen unmittelbar nachher wieder mit huic zurückverwiesen wird, so daß schon nach rein grammatischer Auslegung die Beziehung des alterum substitutum auf den zweiten nicht onerirten Substituten sich als unzuläſſig herausstellt; vergl. auch meine Pand. II. S. 478 u. bes. Huschke a. a. O. VI. S. 404fg.

41) In Gemäßheit des bekannten Prinzips: „legis Falcidiae ratio in singulis heredibus ponenda est" l. 77 ad leg. Falc. §. 1. J. de leg. Falc. (2, 22)

institutus patri heres extitisset"). Die folgenden Worte, in denen diese Entscheidung näher motivirt wird („ut enim opes" rel.), sind von jeher ein Stein des Anstoßes gewesen, und bis auf unsre Tage hin haben sich die verschiedenartigsten, und theilweise recht wunderliche Ansichten darüber geltend zu machen gesucht. Offenbar will Papinian damit nur sagen: in der Lehre von Legaten aus Doppeltestamenten sei überhaupt das Prinzip entscheidend, daß der Pupillar-Substitut wie ein unmittelbarer Erbe des Vaters angesehen werde, und dieses Prinzip müsse also auch für den Fall maßgebend sein, wenn mehrere Substituten ernannt seien. Diesen an sich einfachen Gedanken drückt Papinian so aus: „denn gleichwie die Sätze, daß bei Legaten aus Doppeltestamenten nur das Vermögen des Vaters in Betracht komme (opes patris), und daß sämmtliche Legate, sowohl die dem Pupillen als die dem Substituten aufgelegten, zusammengerechnet werden (contributio legatorum), nur aus jenem Prinzip (inde, nämlich aus dem unmittelbar vorher erwähnten Dogma, daß der Substitut so die Quart abziehe, atque si institutus patri heres extitisset) hervorgegangen sind, und ihre wahre Gestalt gewinnen (et formam et originem capiunt): eben so muß dieses Prinzip auch für den Fall maßgebend sein, wenn mehrere Substituten vorhanden sind, und man muß also auch hier von der Person des Pupillen ganz absehen (subducta persona pupilli), und jeden einzelnen Substituten wie einen unmittelbaren Erben des Vaters auffassen (substituti — — revocandi sunt ad intellectum institutionis)." 42)

42) Die wesentlichen Elemente dieser Erklärung sind angedeutet von Voorda pag. 285 not. a; vergl. auch Sintenis deutsch. Corp. jur. Bd. III. S. 653, meine Pand. II. S. 479, Sigmund a. a. O. S. 31. Die zahlreichen abweichenden Auslegungen im Einzelnen darzustellen, ist kaum der Mühe werth. Eine Uebersicht der vorzüglichsten älteren Ansichten findet sich bei v. d. Pfordten a. a. O. S. 56 fg. (wo

In der zweiten Hälfte der Stelle wendet sich Papinian zu dem andren Falle, wenn zwar die Vermächtnisse, welche Einem der Substituten aufgelegt sind, an und für sich die Portion desselben nicht überlasten, wohl aber zusammengenommen mit den dem Pupillen aufgelegten mehr wie drei Viertheile der Portion erschöpfen. Papinian's Worte lauten:

„Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus, si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit in omnibus,[43] et

nur allenfalls noch der freilich sehr verkehrte Vorschlag von Goveanus l. c. nachzutragen ist, welcher die kritischen Worte so lesen will: „ut enim opes, patris formam capiunt et originem, et inde contributio legatorum, ita" rel., und dieselben dann so erklärt: „denn gleichwie bei Doppeltestamenten das Vermögen seinen Namen und seinen Ursprung vom Vater hernimmt [formam et originem patris capit, und darin soll dann eine Anspielung auf den Namen: patrimonium liegen!], und eben daher auch die Zusammenrechnung der Legate entsteht: so" u. s. w.). Pfordten's eigene Erklärung geht dahin, daß inde so viel sei, wie ex morte patris, und Papinian also habe sagen wollen: wie die Bestimmung des Vermögens und die Berechnung der Legate auf den Moment des väterlichen Todes zurückbezogen wird, so" u. s. w., und hierauf läuft auch im Wesentlichen die Darstellung von Huschke VI. S. 406 fg. hinaus. Hoffmann endlich a. a. O. S. 349 Note u. S. 351 erklärt zwar das inde vollkommen richtig, bezieht aber irrig die Worte: opes patris auf „das Recht des Substituten an dem väterlichen Nachlaß."

43) Gewöhnlich wird das: in omnibus zu den folgenden Worten: et ipsum Falcidiam habiturum, gezogen, und demgemäß das Komma hinter dodrantem sit gesetzt. Schon Goveanus ad h. l. hat auf die richtige Interpunktion aufmerksam gemacht. Während das in omnibus bei dem vorhergehenden Passus gar nicht wohl fehlen kann, um anzudeuten, daß die dem Substituten und die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse nur erst in ihrem Komplex die Quart überschweren: so würden jene Worte in Verbindung mit dem folgenden Passus nicht blos müßig, sondern geradezu fehlerhaft sein. Denn die Frage, welche Papinian aufwirft, bezieht sich ex professo gar nicht auf die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse, sondern wesentlich nur auf diejenigen Vermächtnisse, mit denen der Substitut selbst belastet ist; und nur, wenn man sie in dieser Beschränkung auffaßt, erhalten die Zweifelgründe Papinian's ihre eigentliche Schärfe.

ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte quam quod vulgo probatum est, respondetur. Itaque varietas existet, ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam, alter antem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur ejus, non in solidum conveniatur propter calcnli confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo de Falcidia cantum fuit, duobus committatur stipulatio, videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset".

Denken wir uns ganz unsren obigen Fall, nur noch mit dem Zufügen, daß auch dem Pupillen Vermächtnisse im Betrag von 300, und dem andren nicht überlasteten Substituten Sejus Vermächtnisse im Belauf von 50 aufgelegt sind. Wenn der Pupill stirbt, ohne die Vermächtnisse entrichtet zu haben, und seine beiden Substituten treten ein, so hat Jeder von ihnen die Hälfte der dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse zu übernehmen, und Sejus hat nun also ex persona pupilli 150, ex propria persona 50 zu bezahlen, also im Ganzen mehr als drei Viertheile seiner Portion. Die Frage ist, ob hier Sejus seinen Vermächtnißnehmern die Quart abziehen dürfe, oder vielmehr die vollen 50 an dieselben bezahlen müsse? Papinian beginnt auch hier mit Aufstellung eines Zweifelgrunds: „Sejus ist durch die ihm aufgelegten Vermächtnisse in seiner Quart nicht verkürzt, und legen wir also die in dem vorigen Falle angewendete Argumentation auch in unserm Falle zu Grunde, so kann er keine Quart abziehen, denn wenn wir uns den Sejus als institutus denken, so würde seine Erbportion 200, und die Summe der ihm aufgelegten Vermächtnisse 50 sein."[44]) Unge-

44) Dieses ist der nicht zu verkennende Sinn der Worte: neque idem patiatur instituti comparatio d. h. wörtlich: „und die Vergleichung seiner mit einem institutus möchte also hier nicht dasselbe zulassen" (nämlich nicht dasselbe, was in dem vorigen Falle in Betreff

achtet dieses Zweifelgrunds gelangt aber doch Papinian auch in diesem Falle zu der entgegengesetzten Entscheidung, daß allerdings ein Quartabzug zugelassen werden müsse, und zwar deßhalb, weil dies die nothwendige Konsequenz des allgemein anerkannten Prinzips sei: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servandam esse.[45]) In den beiden hier entschiedenen Fällen sei also zwar allerdings keine Verschiedenheit in der Entscheidung, wohl aber eine Verschiedenheit in den Entscheidungsgründen vorhanden; der Substitut Titius, der schon durch die ihm selbst aufgelegten Vermächtnisse überlastet sei, ziehe seinen Vermächtnißnehmern die Quart ab, weil er als unmittelbarer Erbe des Vaters, als institutus, angesehen werde, der nicht überlastete Substitut Sejus dagegen dürfe wegen seiner Eigenschaft als substitutus[46]) von sei-

des Substituten Titius aus dieser Vergleichung gefolgert wurde). Weßhalb Huschke S. 409 an dem Worte idem Anstoß nimmt, und es in id umwandeln will, vermag ich in der That nicht einzusehen, und ganz verwerflich ist der Vorschlag von Herrmann cit. S. 418: „neque item patiatur instituti comparationem“, indem er, ganz abgesehen von der übergroßen Willkür, zu dem falschen Satze führen würde, daß hier der Substitut gar nicht mit einem Institutten verglichen werden dürfe, während Papinian doch nur sagen will und nur sagen kann, daß diese Vergleichung hier nicht dieselben Folgerungen zulasse, wie in dem vorigen Falle.

45) Daß das „quod vulgo probatum est“ sich auf die im vorhergehenden §. 5 von Papinian entwickelte Rechtsparömie („quod vulgo dicitur: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari“) beziehe, ist schon an sich nicht zweifelhaft, und geht bis zur Evidenz aus den nachher folgenden Worten: propter calculi confusionem hervor.

46) Pforbten S. 61 Not. n. u. bes. Huschke S. 410 wollen die Worte: ut substitutus zu den unmittelbar vorhergehenden: qui non est oneratus ziehen, während nach der gewöhnlichen Meinung hinter oneratus ein Komma gesetzt werden muß. M. E. ist das Letztere das allein Richtige. Schon der Parallelismus in den Gegensätzen erheischt diese Interpunktion: der überlastete Substitut fordert die Quart velut institutus, der nicht Ueberlastete ut substitutus, nämlich wegen der gerade für Substituten vorgeschriebenen calculi confusio. Dazu

nen Vermächtnißnehmern nicht auf das Ganze belangt werden, weil, wenn auch an und für sich seine Portion für die ihm aufgelegten Vermächtnisse hinreiche („licet portio largiatur ejus"), diese doch in Folge der Rechtsregel: in tabulis patris et filii rel. mit den dem instituirten Pupillen aufgelegten Vermächtnissen zusammengerechnet werden müßten („propter calculi confusionem").[47]) Am Schlusse der Stelle, von den Worten: Huic consequens an, betrachtet Papinian endlich noch den Fall,

---

kommt aber, daß man von dem zweiten Substituten in Wahrheit gar nicht sagen kann, „er sei als Substitut gar nicht überlastet;" im Gegentheil, er ist nicht überlastet, wenn man von seiner Eigenschaft als Substitut absieht, aber gerade in seiner Eigenschaft als Substitut ist er wirklich überlastet, und kann eben darum auch die Quart abziehen; denn, wie Huschke behaupten mag, ut substitutus sei identisch mit dem vorher gebrauchten proprio nomine, ist schwer einzusehen. Wenn Huschke gegen die herrschende Lehre besonders einwendet, daß doch Papinian gewiß nicht seine allgemeine Vergleichung des Pupillar-Substituten mit einem Instituten für diesen Fall zurücknehmen wolle: so ist dies darum nicht zutreffend, weil auch nach unsrer Lesart Papinian seine Vergleichung keineswegs zurücknimmt, sondern nur behauptet, daß aus dieser Vergleichung für den vorliegenden Fall das Recht zum Quartabzug nicht resultire, sondern zu diesem Zwecke ein anderes Prinzip, die calculi confusio, zu Hülfe genommen werden müsse, ein Prinzip, welches gerade die Substituten-Qualität des Ueberlasteten voraussetzt.

47) Ueber den Sinn der zweiten Hälfte der l. 11 §. 6 cit. im Ganzen, sind unsre Ausleger im Wesentlichen einverstanden, wenn auch über einzelne Ausdrücke und Wendungen großer Dissens herrscht. Völlig mißverstanden ist aber die ganze Stelle von Bernstorff l. c. p. 153 sqq., welcher folgenden Fall unterlegt: das Vermögen beträgt 100, der zum Erben eingesetzte Unmündige soll 80 an den Sempronius zahlen, Titius und Mävius sind pupillariter substituirt, und Mävius soll von jenen 80, welche dem Sempronius legirt sind, 50 leisten. Hier ziehe Mävius in Gemäßheit der Entscheidung Papinian's in der ersten Hälfte des §. 6, von seiner Portion die Quart (= $12^1/_2$) ab; was aber den Titius, also den zweiten Substituten, welcher proprio nomine gar nicht onerirt sei, anbelange, so fiele diesem von jenem Legat an den Sempronius der Rest im Betrag von 30 zur Last, und obwohl er diese 30 unbeschadet seiner Portion ganz auszahlen könne, so dürfe er doch noch 5 abziehen, weil soviel der Pupill habe abziehen können!!

wenn der Pupill die ihm aufgelegten Vermächtnisse bereits bezahlt, aber, wie es sich gebührt (s. oben Not. 36), wegen der den beiden Substituten aufgelegten Vermächtnisse sich die Kaution: quanto amplius quam per legem Falcidiam licuerit hat stellen lassen. Da in Gemäßheit der bisherigen Erörterungen beide Substituten zu einem Quartabzuge berechtigt sind, so kommt auch Beiden diese Kaution zu Statten, und Jeder von ihnen kann mit der daraus resultirenden Klage soviel von den befriedigten Legataren zurückfordern, als er hätte zurückbehalten dürfen, wenn der Pupill noch nicht gezahlt hätte.[48]) Setzen wir also z. B. den Fall ganz so, wie wir ihn in der zweiten Hälfte unsrer Stelle vorausgesetzt haben, daß bei einem Vermögen von 400 der Pupill mit 300, der Substitut Titius mit 250, der Substitut Sejus mit 50 belastet ist, und der Pupill hat die 300 an seine Legatare gegen die übliche Kaution ausbezahlt. Wenn jetzt der Substitutions-Fall eintritt, so lasten auf der Portion des Titius ex persona pupilli 150, ex propria persona 250, also im Ganzen 400, während er blos 150 zu bezahlen hat, und demgemäß fordert er aus jener Kaution von den vom Pupillen bezahlten Vermächtnissen $93^3/_4$ zurück, womit er seine eigenen Legatare befriedigt.[49]) Auf der Portion des Sejus haften ex persona pupilli ebenfalls 150 und ex propria persona 50,

---

48) Wenn Roßhirt Verm. I. S. 535 den Schluß unsrer Stelle von dem Falle versteht, „wenn schon der Pupill Anspruch auf die Falcidia gehabt hätte, und ihm deßhalb Kaution gestellt wäre," so ist dies gewiß irrig, vgl. auch Pfordten a. a. O. S. 62 Not. p. Ein anderes Mißverständniß kommt bei Sintenis im deutsch. Corp. jur. Bd. III. S. 654 vor, indem er unter den duobus, für welche die Stipulation wirksam werde, den Unmündigen und den Substituten versteht!

49) Titius ist nämlich um 250 überlastet, und diese zieht er den sämmtlichen Legataren verhältnißmäßig ab; da nun die Pupillen-Legate (150) sich zu den ihm selbst aufgelegten Vermächtnissen (250) verhalten, wie 3 zu 5, so fordert er von den Erstren drei Achttheile von 250

also im Ganzen 200, während auch er nur 150 zu prästiren braucht, und demgemäß fordert er aus jener Kaution von den Legataren des Pupillen $37^1/_2$ zurück, welche er dann an seine eigenen Legatare auszahlt.[50] —

Vollständig übereinstimmend mit Papinian spricht sich Gaius aus in l. 80 ad leg. Falcid.

„Si is, qui quadringenta in patrimonio habebit, a filio impubere herede instituto ducenta legaverit, eique Titium et Sejum heredes substituerit, et a Titio centum legaverit, videamus, quid juris sit, si nondum solutis legatis pupillus decesserit, et ob id ea legata utrique deberent? Solus heres Titius utetur lege Falcidia; quum enim ducenta ex hereditate pupilli ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet — centum ex ducentis, quae pupillus debebat, centum quae ipse dare jussus est —: itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebit quinquaginta. In persona vero Seji lex Falcidia non intervenit, quum ad eum ex hereditate pnpilli ducenta pertineant, et debeat legatorum nomine centum ex ducentis, quae a pupillo relicta sunt. Quodsi pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli, ut caveant legatarii.“

Diese Stelle ist so klar, daß sie keiner Erläuterung bedarf, und zwar um so weniger, da der Fall, welchen Gaius hier entscheidet, ganz derselbe ist, welchen Papinian in der zweiten Hälfte der l. 11 §. 6 cit. behandelt, und auch die Entscheidung genau damit übereinstimmt. Gaius hält diese Entscheidung für so nothwendig und sich von selbst verstehend, daß er sich gar nicht die Mühe nimmt, etwaige Zweifel dagegen zu bekämpfen, und wir

(= $93^3/_4$) zurück, während er von den Letztren $^5/_8$ von 250 (= $156^1/_4$) abzieht, wornach für diese $93^3/_4$ übrig bleiben.

50) Da die Pupillen-Legate (150) und die dem Substituten selbst aufgelegten Vermächtnisse (50) sich verhalten, wie 3 zu 1, so darf Sejus von den Erstren $^3/_4$ von 50 (= $37^1/_2$) zurückfordern, während er seinen eigenen Legataren $^1/_4$ von 50 (= $12^1/_2$) abzieht.

sind dadurch wohl um so mehr zu der Annahme berechtigt, daß diese Ansicht ganz allgemeine Anerkennung bei den römischen Juristen gefunden hat.

Dennoch aber findet sich eine Pandektenstelle, welche dieser Doktrin sehr bestimmt zu widersprechen scheint. Es ist dies nämlich die l. 1 §. 3 si cui plus quam per leg. Falc. (35, 3), in welcher Stelle Ulpian das Dogma aufzustellen scheint, daß, wenn nur Einer von mehreren Pupillar-Substituten überlastet sei, dieser keine Quart von seiner Portion abziehen dürfe, sondern seine ganze Portion ohne Abzug den Legataren hinzugeben verpflichtet sei:

„Marcellus ait: qui quadringenta in bonis habebat, impuberem filium heredem instituit, eique substituit Titium et Sejum; si nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio trecenta, utrum ducenta, inquit, praestabuntur, an centum quinquaginta? nam trecenta nullo modo eum praestare. Mihi videtur verius, non amplius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus; secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda est. Sed causa cognita[51]) Falcidiam locum habere, et legatorum modus facit, et aeris alieni onus.“

---

51) Govean. cit. p. 239, Huschke a. a. O. VI. S. 417 fg. und Herrmann a. a. O. S. 422 nehmen an, daß die Worte sed causa cognita noch zu dem vorhergehenden Satze gezogen werden müssen, und erst mit den Worten: Falcidiam locum habere ein neuer Satz beginne. Ich halte diese Annahme für höchst wahrscheinlich, denn nicht nur, daß den Basiliken augenscheinlich diese Leseart zu Grunde liegt (Bas. XLI. 2. fr. 3: „καὶ συμβαίνει μὴ μόνῳ αὐτῷ ἀλλὰ καὶ τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ ἐξ εὐλόγου αἰτίας βεβαιοῦσθαι τὴν ἐπερώτησιν“), so spricht auch noch besonders dafür, daß zwar wohl bei der stipulatio quanto amplius eine vorgängige causae cognitio erforderlich sein kann l. 4 pr. l. 6 fin. si cui plus (35, 3), aber nicht auch zum Zweck des Quartabzugs selbst. — Mag man übrigens den letzten Satz mit den Worten: sed causa cognita oder mit: Falcidiam locum habere beginnen lassen, so muß man sich jedenfalls hüten, denselben in Zusammenhang mit der vorhergehenden

Huschke nimmt wirklich einen schroffen Widerstreit zwischen Ulpian und Papinian an;[52]) jedenfalls aber müsse die Meinung des Letztern nicht blos als die in sich begründetere, sondern auch schon aus dem äußern Grunde vorgezogen werden, weil die l. 11 §. 6 cit. die Frage

---

Entscheidung zu bringen. Er bildet vielmehr augenscheinlich die Einleitung zu den in den folgenden Paragraphen vorkommenden Erörterungen, und es sollte also eigentlich ein neuer §. damit beginnen: vergl. Huschke a. a. O.

52) Ulpian soll nämlich nach Huschke a. a. O. S. 412fgg. die Meinung vertheidigt haben, daß auch dann, wenn mehrere Substituten vorhanden seien, zwar keiner von ihnen verpflichtet sei, über seinen Erbtheil hinaus Legate zu prästiren („non amplius eum parte sua erogare compelli"), die Falzidische Quart aber nur einmal nach dem Zeitpunkte der Beerbung des Vaters zum Abzuge komme, und also der einzelne Substitut keine Quart von seiner Portion abziehen könne („certe nec minus"). Die folgenden Worte — welche nach Huschke so gelesen werden sollen: „secundum quod eveniet, ut non solum committatur stipulatio sed omnibus heredibus interponenda sit" — erklärt er folgender Maaßen: eine Konsequenz dieser Meinung (daß nämlich die Quart nicht für die einzelnen Substituten besonders, sondern für die ganze Erbschaft zu berechnen sei) sei es, daß auch, wenn eine stipulatio quanto amplius in Frage komme, diese doch immer sämmtlichen Substituten, nicht blos dem einzelnen Ueberschwerten, bestellt werden müsse, und betrage also etwa die Erbschaft 800 mit einer bedingten Schuld von 400, vom Substituten A. seien 200, von B. 150 legirt, so könnten, da die Falzidia von der ganzen Erbschaft 100, die Legate aber 350 von 400 reinem Vermögen betrügen, Beide wegen der möglicher Weise zu viel bezahlten 50, Kaution fordern, und zwar Jeder zur Hälfte. Pothier (Pand. Just. lib. 35 tit. 2 nr. 68) erklärt die fraglichen Worte ganz so wie Huschke, nur daß er sie hypothetisch faßt („eine Konsequenz dieser Meinung würde die sein" [„eveniret"]), und sie also als die absurde Konsequenz einer verwerflichen, und von Ulpian auch wirklich verworfenen Meinung ansieht; Huschke aber scheut sich nicht, dies als die wirkliche Meinung Ulpian's aufzufassen, und folglich einen Widerspruch zwischen Ulpian und Papinian, und eine Antinomie in den Pandekten anzunehmen! — Niemand wird den Scharfsinn dieser Erklärung verkennen, aber sie ist m. E. so überaus gekünstelt und gesucht, und ihre Resultate sind so abschreckend, daß sie wohl schwerlich außer ihrem Urheber noch andre Vertheidiger finden dürfte. Gegen die von Huschke vorgeschlagenen Textes-Veränderungen s. noch unten Not. 60 u. 61.

ex professo behandle, dabei die von Ulpian vertheidigte Ansicht ausdrücklich verwerfe, und also präsumtiv Justinian's Ansicht ausdrücke.[53]) Auch Herrmann nimmt einen durch Interpretation nicht wegzuräumenden Widerspruch an, und weiß sich nicht anders, als durch Textveränderung zu helfen.[54]) Nach der seit der Glosse von den Meisten angenommenen Ansicht soll dagegen keine wahre Antinomie hier vorliegen, aber man pflegt dieselbe in so unhaltbarer Weise zu beseitigen, daß die Annahme eines Widerspruchs mir noch viel befriedigender scheint, als diese scheinbare Vereinigung. Dieselbe läuft nämlich im Wesentlichen darauf hinaus, daß Ulpian in den Worten: mihi videtur verius rel. noch gar keinen Bezug auf die lex Falcidia nehme, sondern nur den gewiß wahren Gedanken ausdrücke: der einzelne Substitut sei, an sich betrachtet, d. h. ohne Rücksicht auf die lex Falcidia, nur mit seiner Portion, aber auch mit seiner ganzen Portion den Legataren verhaftet; erst am Schlusse der Stelle, von den Worten: Sed causa cognita an lenke er auf die lex Falcidia an, und komme dann hier zu dem mit Papinian übereinstimmenden Resultate, daß doch auch die Quart von der einzelnen Portion abgezogen werden dürfe. Mir scheint, wie gesagt, diese Auslegung schlechthin verwerflich, indem sie nicht nur den Worten

---

53) Huschke a. a. O. S. 421.

54) Nach Herrmann cit. S. 420 fg. sollen nämlich die Worte: certe nec minus, da daraus nach keiner Interpretation ein passender Sinn abgeleitet werden könne, unbedenklich als ein fehlerhaftes, eingeschlichenes Glossem gestrichen werden, und „der folgende Satz bekomme einen passenden Sinn durch die einfache, sich darbietende Emendation von non in ei, und von sed in nec, indem aus der Natur der Sache und dem ganzen Zusammenhange folge, daß eben nur der onerirte Substitut zu seiner Sicherstellung die fragliche Stipulation fordern dürfe, nicht ein Mitsubstitut, für welchen eine Gefahr gar nicht existire!!" Eine frivolere Behandlung der Quellen ist mir in der That nicht leicht vorgekommen.

Ulpian's wahrhaft Gewalt anthut,[55] sondern darnach namentlich auch der ganze Satz von secundum quod bis interponenda est ein unaufgelös'tes Räthsel bleibt; denn es ist doch gewiß unbegreiflich, daß Ulpian aus einer Entscheidung, bei welcher er die lex Falcidia ganz unberücksichtigt gelassen habe, eine Konsequenz gezogen haben soll für die stipulatio quanto amplius quam per legem Falcidiam licuerit, deren wesentliche Voraussetzung gerade die Rücksichtnahme auf die lex Falcidia ist.[56] Ich halte folgende Erklärung für die richtige.

---

55) Nach der Ansicht unsrer Interpreten sollen nämlich die Worte mihi videtur verius etc. eine Antwort auf die vorausgehende Frage des Marcellus enthalten. Offenbar hat aber die Frage: utrum CC praestabuntur, an CL? lediglich den Sinn: ob Titius die Falzidische Quart abziehen dürfe oder nicht? und wenn nun Ulpian antwortet: „er muß seine ganze Portion hingeben": so kann doch wahrlich dieser Antwort kein anderer Sinn beigelegt werden, als daß die Falzidia nicht abgezogen werden dürfe. — Eben so wenig läßt sich auch begreifen, wie die Schlußworte von einem angeblichen Einlenken Ulpian's, von einer Art Selbstkorrektur verstanden werden können, da sie, wie schon oben bemerkt wurde, (Not. 51), sich gar nicht wohl auf das Vorhergehende beziehen können, sondern offensichtlich die Einleitung zu der folgenden Darstellung Ulpian's in §. 4 sqq. bilden.

56) Der Ansicht der Glosse folgt im Wesentlichen auch v. d. Pfordten a. a. O. S. 61 fgg., nur mit dem Unterschiede, daß er die Worte certe nec minus etwas anders auslegt; nach seiner Meinung soll nämlich Ulpian damit nur sagen wollen: der Substitut solle seine ganze Portion vor der Hand, gegen Kaution, hingeben, um eine zweimalige Berechnung der Falzidia zu vermeiden. Durch diese Auffassung wird allerdings scheinbar ein Zusammenhang mit den folgenden Worten hergestellt, aber in der That doch nur scheinbar, denn auch Pfordten muß zur Erklärung dieser Worte einen Fall supponiren, welcher sich wesentlich von dem im Anfang der Stelle angeführten unterscheidet. Außerdem spricht aber gegen Pfordten auch noch Folgendes. Die Worte: certe nec minus können sich doch offenbar nur auf den vorher aus Marcellus referirten Fall beziehen, und da bleibt es denn nach Pfordten's Ausführungen völlig unerklärt, weßhalb in diesem Falle der Substitut Titius sich nicht sogleich seine Quart abziehen dürfe, sondern, wenn auch nur vorläufig, seine ganzen 200 hingeben solle.

Ulpian spricht in der ganzen l. 1 cit. ex professo von der stipulatio quanto amplius, und in den beiden, unsrer Stelle unmittelbar vorausgehenden Paragraphen namentlich von der Anwendung dieser stipulatio auf Legate aus Doppeltestamenten. In der Regel läßt darnach der Pupill sich diese Kaution stellen, und dieselbe wird dann bisweilen für ihn selbst, in den meisten Fällen aber erst für den Substituten wirksam. Es gibt aber auch Fälle, in welchen diese Kaution erst dem Substituten gestellt wird, und augenscheinlich ist es dem ganzen Zusammenhang nach der wesentliche Zweck unsres §. 3, einen Fall dieser Art darzustellen. Es ist also nicht etwas willkührlich in der Stelle Hineingetragenes, sondern es ist eine durch den ganzen Zusammenhang abgedrungene Nöthigung, wenn wir den in §. 3 behandelten Fall so konstruiren, daß darin eine Veranlassung zur Stellung der cautio quanto amplius als begründet erscheint, und wollen wir keine ganz neuen faktischen Momente, wie z. B. daß bedingte Schulden in der Erbschaft seien u. dgl. m. in die Stelle hineintragen, — wozu wir gewiß nicht berechtigt sind, indem dadurch nicht blos ein von Marcellus unentschieden gelassenes Moment ergänzt, sondern vielmehr der Marcellische Fall ganz umgestaltet würde —: so darf der von Ulpian entschiedene Fall nur so aufgefaßt werden, daß zunächst nur der eine, nämlich der überlastete, Substitut die Erbschaft angetreten hat, und während der Ungewißheit, ob der Andre antreten wird, die Legate von ihm gefordert werden. Unter dieser einfachen Voraussetzung erklärt sich die Stelle sehr ungezwungen, ohne daß wir genöthigt sind, dem Ulpian eine Meinung beizulegen, die m. E. seiner wenig würdig ist;[57]) nament-

57) Wenn wir mit den bisherigen Interpreten den Ulpianischen Fall so auffassen, daß beide Substituten wirklich angetreten haben, so ist civilistisch doch wohl nur die Alternative möglich: entweder berechnet der einzelne Substitut die Quart nach seiner Substitutions-Portion, und dann

lich treten dadurch auch die Worte secundum quod eveniret rel. in einen wirklich befriedigenden Zusammenhang mit der übrigen Stelle, und wir werden, was besonders hervorzuheben ist, der Nothwendigkeit überhoben, bei diesen Worten einen ganz neuen Fall zu konstruiren, welcher von dem vorher von Ulpian angeführten sich wesentlich unterschiede. Der Anfang der Stelle, in welchem Ulpian eine Aeußerung des Marcellus referirt, bietet keine Schwierigkeit. „Wenn Jemand, welcher 400 im Vermögen hat, sein unmündiges Kind zum Erben einsetzt, demselben zwei Substituten, Titius und Sejus, ernennt, und den Einen von Beiden, den Titius, mit Vermächtnissen im Betrag von 300 belastet: so werfe Marcellus die Frage auf, ob hier 200 geleistet werden müßten, oder nur 150? denn 300 brauche Titius in keinem Falle zu leisten." An dieses Referat aus Marcellus knüpft nun Ulpian seine eigene berichtigende Erörterung an („mihi videtur verius" rel.),[58]) und zwar wendet

braucht Titius nur 150 zu zahlen, oder die Quart wird nur einmal aus der väterlichen Erbschaft berechnet, und die einzelnen Substitutions-Portionen kommen also dabei gar nicht in Betracht, und dann müssen nothwendig die vollen 300 bezahlt werden. Den Titius zur Zahlung von zweihundert zu verpflichten, wäre jedenfalls eine arge Inkonsequenz, indem man dann zwar das letztere Prinzip, welches die Berücksichtigung der einzelnen Substitutions-Portien ausschließt, zu Grunde legen, und daneben dann doch wieder Rücksicht auf den Betrag der einzelnen Portion nehmen würde. Nach Huschke's Meinung würde demnach Ulpian den doppelten Vorwurf verdienen, daß er von einem entschieden irrigen (siehe l. 11 §. 6 ad leg. Falc.) Prinzip ausgegangen wäre, und dieses dann überdies nicht einmal folgerichtig durchgeführt hätte.

58) Ich halte es für den Grundfehler der bisherigen Interpretationen, daß man Ulpian's Worte für eine Antwort auf die von Marcellus aufgeworfene Frage hält, während doch schon der Ausdruck: verius videtur weit eher darauf hinweis't, daß hier vielmehr die Berichtigung einer aufgestellten Behauptung beabsichtigt wird. Nun kommt aber keine weitere Behauptung von Marcellus vor, als die, daß Titius unter keiner Voraussetzung die ganzen 300 zu zahlen brauche; und es ist also schon von vorneherein das Wahrscheinlichste, daß die weitere

er sich gegen die Behauptung von Marcellus: „trecenta nullo modo eum praestare“, indem er ein Prinzip aufstellt, welches in seinen Konsequenzen allerdings dahin führen muß, daß der Titius doch auch zur Zahlung der vollen 300 verpflichtet werden kann. In Gemäßheit des Grundsatzes nämlich, daß der Substitut zwar niemals über seine Portion hin, aber doch jedenfalls mit seiner ganzen Portion (natürlich salva quarta Falcidia) den Legataren verhaftet sei, („non amplius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus“), kann es nämlich offenbar sehr leicht dahin kommen, daß Titius die vollen 300 auszahlen muß, nämlich immer dann, wenn der andre Substitut Sejus aus irgend einem Grunde nicht Erbe wird, und also die ganze väterliche Erbschaft die Portion des Titius bildet;[59]) und davon ist es dann wieder eine sich von selbst verstehende Konsequenz, daß, wenn zwar Titius angetreten hat, es aber noch ungewiß ist, ob auch der zweite Substitut Sejus Erbe werden wird oder nicht, er ebenfalls zur Zah-

---

Erörterung Ulpian's gegen diese Behauptung von Marcellus gerichtet ist. Dieses findet noch eine wesentliche Unterstützung in folgender Betrachtung. Es ist doch gewiß ganz unglaublich, daß Marcellus bei Erörterung des von ihm aufgestellten Falls blos eine Frage aufgeworfen hätte, ohne irgend eine Antwort darauf zu geben; gab er nun aber wirklich eine Antwort, wie wir als unzweifelhaft annehmen dürfen, und Ulpian hätte sich mit diesem Punkte der Marcellischen Erörterung beschäftigen wollen, so wäre es doch wahrlich im höchsten Grade sonderbar, wenn er nicht auch die Antwort des Marcellus mitgetheilt, und dann an diese Antwort seine eigene Entwickelung, sei es nun beistimmend oder widerlegend, angeknüpft hätte! Auch dieser Umstand drängt uns also zu der Annahme, daß Ulpian gar nicht beabsichtigt hat, die von Marcellus aufgeworfene Frage zu beantworten, sondern vielmehr nur die Behauptung zu prüfen, welche Marcellus seiner Fragestellung zugefügt hatte.

59) L. 78 ad leg. Falcid.: „Et placet, si ejus pars exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata.“ Man pflegt dies bekanntlich so auszudrücken: **portione non gravata accrescente portioni gravatae, quarta non deducitur.**

lung der vollen 300 angehalten werden kann, aber freilich nur gegen Stellung der satisdatio quanto amplius, welche dann wirksam wird, wenn der Miterbe wirklich antritt, und es dadurch gewiß wird, daß die Portion des Titius durch die von ihm ausgezahlten Legate überschwert ist. Daß aber Ulpian bei den Worten certe nec minus wirklich diese Konsequenz im Sinn hat, wenn er sie auch nicht besonders ausspricht, geht nicht nur aus dem ganzen Zusammenhange unsrer Stelle mit den vorhergehenden und folgenden Paragraphen hervor, indem darnach nothwendig ein Fall supponirt werden muß, in welchem es zur Stellung der stipulatio quanto amplius kommt, sondern insbesondere auch noch aus den unmittelbar folgenden Worten, welche sich als eine Folgerung aus dem vorhergehenden Satze ankündigen („secundum quod eveniret“), und bei denen doch augenscheinlich ein Fall der stipulatio quanto amplius vorausgesetzt wird. — Faßt man nun aber den Gedanken Ulpian's bei den Worten: certe nec minus in dieser Weise auf, so schließt sich daran der folgende Passus: secundum quod eveniret rel. sehr natürlich an. In dem hier behandelten Falle, in welchem die dem einen Substituten aufgelegten Legate nicht blos die Portion desselben erschöpfen, sondern sogar noch über dieselbe hinausgehen, und der Substitut dennoch die vollen Vermächtnisse gegen Stellung der satisdatio quanto amplius auszahlt, tritt noch eine Besonderheit ein, auf welche Ulpian in den Worten secundum quod etc. aufmerksam macht. Die Legate werden aus der Erbschaft entrichtet, sie bilden eine delibatio hereditatis, und auch der Substitut Titius zahlt also die 300 nicht ex propriis, sondern aus der Erbschaft. Tritt nun nachher der zweite Substitut Sejus an, so erscheint jetzt nicht blos die Portion des Titius, sondern auch die des Sejus, durch jene Legaten-Zahlung als beeinträchtigt, und es stellt sich also der Fall so, daß nicht blos dem Titius, sondern auch

dem Sejus ein Rückforderungs-Recht zustehen müßte („ut non soli [scil. Titio] commitatur stipulatio“),[60] dem Titius in Betreff seiner Quart (= 50), dem Sejus aber in Betreff desjenigen, was aus seiner Portion an die Legatare bezahlt ist (= 100). Da aber aus einer Stipulation nur derjenige klagen kann, welcher sie abgeschlossen hat, so müssen die Legatare jene Kaution auch dem nicht onerirten Substituten Sejus stellen („Sed omnibus heredibus interponenda est“).[61] Daß die folgenden Worte von: „sed causa cognita“ oder wohl richtiger von: „Falcidiam locum habere“ an, nicht mehr in diesen Zusammenhang gehören, sondern zu dem Folgenden gezogen werden müssen, und damit eine neue Erörterung Ulpian's über die stipulatio quanto amplius eingeleitet wird, ist schon oben (Not. 51) bemerkt worden.

Ich fasse die Resultate dieser Auslegung[62] in folgender Paraphrase der kritischen Worte zusammen:

---

60) Nach dieser Auslegung beseitigt sich von selbst der Vorschlag von Govean. cit. pag. 239 und Huschke a. a. O. S. 418, Statt soli zu lesen solum, obwohl sich Goveanus dafür auf veteres Codices beruft. Die Florent. und jedenfalls die weit meisten andren Mss. sind dagegen, und eben so auch die Basiliken („μὴ μόνῳ αὐτῷ“). Ueberdies aber entstände durch diese Textveränderung ein ganz schiefer Gedanke. Ulpian würde nämlich sagen: „hiernach kann es kommen, daß die stipulatio quanto amplius nicht blos sämmtlichen Erben kommittirt wird, sondern ihnen auch bestellt werden muß.“ Darnach wäre denn das: committi omnibus heredibus gleichsam das minus, was sich von selbst verstände, das: interponi omnibus heredibus dagegen das majus, in dessen Gestattung etwas Besondres läge. — Das Wahre aber ist vielmehr, daß in dem vorliegenden Falle das Erstre, das committi omnib. heredib. nur dann möglich ist, wenn der Zweite, das interponi omn. her., vorausgegangen ist, und daß man also gewiß nicht dieses Zweite als eine Steigerung des Erstren betrachten kann.

61) Huschke will interponenda sit lesen, was eine nothwendige Konsequenz seiner in der vorigen Note angeführten Konjektur ist. Nach unsrer Auffassung erscheint gerade das handschriftliche est als besonders prägnant, und darf keinesfalls mit dem Konjunktiv vertauscht werden.

62) Den eigentlichen Kern dieser Erklärung, daß man nämlich von der Voraussetzung ausgehen muß, der andre Substitut habe sich noch nicht

„Mir scheint es wahrer zu sein, daß Titius zwar allerdings nicht über seine Portion, aber doch jedenfalls mit seiner ganzen Portion den Legataren verhaftet ist, und daß er also auch, so lange er als einziger Erbe erscheint und sein Miterbe Sejus noch nicht angetreten hat, die vollen 300 gegen Stellung der stipulatio quanto amplius leisten muß. Darnach würde es kommen, daß, wenn der Miterbe Sejus später wirklich antritt, nicht für den Titius allein, sondern auch für den Sejus ein Rückforderungsrecht aus dieser Stipulation begründet sein müßte, zu welchem Zwecke aber diese Kaution auch wirklich sämmtlichen Erben nach vorgängiger causae cognitio gestellt werden muß." —

Die Ergebnisse der sämmtlichen bisherigen Erörterungen über unsren ersten Hauptfall — wenn nur der Pupill, nicht auch dessen Substitut, im väterlichen Testamente eingesetzt ist, — lassen sich in folgende einfache Sätze zusammen drängen:

über die Annahme oder Nichtannahme der Erbschaft erklärt, und daß gerade darin der Anknüpfungs-Punkt an die vorhergehenden Paragraphen liege, ist bereits von Goveanus ad leg. 77 ad leg. Falcid. (opp. p. 239) angedeutet worden: „Locus perobscurus est; sententiam meo judicio hanc habet. Docuerat ICtus propter legata secundarum tabularum a pupillo interponi stipulationem Quanto amplius, eamque committi heredibus pupilli; in §. autem Marcellus docet, interdum stipulationem ab ipsis substitutis interponi oportere, nam si a pupillo nihil legetur, non possit pupillus stipulari quanto amplius. Quare si alterius substituti portio exhausta sit, necessaria illi erit stipulatio in solvendis legatis a se relictis, quamdiu coheres non adit, quae stipulatio committetur adeunte coherede." Es ist auffallend, daß dieser Gedanke von Goveanus von allen Späteren gänzlich ignorirt wird, was sich wohl nur daraus erklärt, weil Goveanus denselben nur gelegentlich (in dem Kommentar zu l. 77 ad leg. Falc.) vorgebracht, und ihn überhaupt nicht näher entwickelt, sondern blos angedeutet hat. — Auf die Erklärung der Worte: ut non soli committatur etc. geht Goveanus gar nicht ein, und aus seinem von Huschke adoptirten Vorschlag, soli in solum umzuwandeln (s. Not. 60), dürfte hervorgehen, daß ihm das richtige Verständniß derselben fehlte.

1) Wenn nur ein Substitut ernannt ist, und der Substitutions-Fall wirklich eintritt, so werden alle Vermächtnisse, sowohl die dem Pupillen als die dem Substituten aufgelegten, immer so zusammengerechnet, wie wenn der Substitut unmittelbarer Erbe des Vaters, und er mit sämmtlichen Vermächtnissen in primis tabulis belastet wäre, woraus von selbst folgt, daß die Quart nur einmal, und zwar nur aus der väterlichen Erbschaft nach ihrem Bestand im Augenblick des Todes des Vaters, berechnet werden darf („in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari“).

2) Wenn mehrere Substituten berufen sind, so gilt durchaus dasselbe Prinzip, indem auch hier jeder einzelne Substitut so behandelt werden muß, wie wenn er auf seine Portion unmittelbar vom Vater zum Erben eingesetzt, und er, außer den ihm selbst aufgelegten Vermächtnissen, auch noch pro rata mit den dem Pupillen aufgelegten Legaten belastet wäre; woraus von selbst hervorgeht, daß jeder einzelne Substitut die Quart von seiner Portion besonders berechnet, und es also hier leicht zu einem Quartabzug kommen kann, wenn auch die väterliche Erbschaft im Ganzen durch Legate nicht überschwert ist. —

Ehe wir aber den ersten Hauptfall verlassen, muß noch von einer möglichen Modifikation desselben die Rede sein, welche dadurch entstehen kann, daß der instituirte Pupill commisso per alium edicto de bonorum possessio contra tabulas agnoscirt, in deren Folge nach Verschiedenheit der Fälle seine Institutions-Portion bald unverändert bleibt, bald aber auch vermindert oder vermehrt werden kann.[63]) Da nämlich das väterliche Te-

63) Der den folgenden Erörterungen zu Grunde liegende Fall muß nothwendig so gedacht werden, daß der Pupill im väterlichen Testamente eingesetzt, ein emancipatus aber präterirt ist. Das Erstere ist darum nöthig, weil, wenn der Pupill exheredirt ist, er sich bekanntlich der bon. poss. contra tabulas des Präterirten gar nicht anschließen darf, l. 8 pr., l. 20 pr. de bon. poss. c. t. (37, 4). Das Zweite aber

stament ungeachtet solcher bonor. poss. contra tabulas nach Civilrecht vollkommen rechtsbeständig bleibt, so bleibt auch die darin angeordnete Pupillar-Substitution für den eingesetzten suus in voller Kraft,[64] und da fragt es sich nun, welchen Einfluß diese bon. poss. c. t. und die dadurch herbeigeführten Veränderungen in den Rechtsverhältnissen des Pupillen auf die Verpflichtung des Substituten zur Legaten-Zahlung und auf die Berechnung der Falzidischen Quart äußern?

Sehen wir zunächst noch einen Augenblick von dem Substituten ab, und fassen nur die Rechtsverhältnisse des instituirten Pupillen selbst, welcher commisso per emancipatum edicto die bon. poss. contra tabulas agnoscirt hat, in's Auge: so ist es außer Zweifel, daß derselbe an extranei gar keine Vermächtnisse zu entrichten hat, sondern lediglich an personae conjunctae, also an Eltern und Kinder des Erblassers,[65] und daß selbst diese nicht im-

— daß gerade ein Emanzipatus präterirt ist — muß deßhalb vorausgesetzt werden, weil, wenn ein Suus präterirt ist, das Testament jure civili nichtig ist, und folglich die ganze Pupillar-Substitution keinen Rechtsbestand hat. Aus diesem letztren Grunde erklärt sich auch von selbst, warum hier nur der Fall einer bon. poss. c. t. commisso per alium edicto in Frage kommen kann, denn wäre der impubes suus präterirt, so wäre ja, wegen civilrechtlicher Nichtigkeit des Testaments auch die Pupillar-Substitution ungiltig. — Fassen wir nun aber den Fall so, wie er eben bestimmt ist, so kann dadurch die Portion des eingesetzten Pupillen sich bald verkleinern, z. B. wenn er ex asse oder ex dodrante instituirt ist, und jetzt durch die Konkurrenz des emancipatus auf die Hälfte beschränkt wird, bald vergrößern, z. B. wenn er auf $^1/_{12}$ eingesetzt war, und jetzt die Hälfte erhält, bald sich gleich bleiben, wie namentlich, wenn auch seine Einsetzungs-Portion die Hälfte der Erbschaft beträgt.

64) L. 34 de vulg. et pup. subst. (28, 6).

65) Tit. Dig. de legatis praestandis contra tabulas bon. possessione petita (37, 5). — Wenn Bartol. ad l. Filium (5) h. t. wegen l. 103 §. 2 de legat. III. die Meinung vertheidigt, daß doch dann, wenn das eingesetzte Kind commisso per alium edicto eine größere Portion erlange, dasselbe aus seiner Institutions-Portion auch den ex-

mer in ihrem vollen Umfange erhalten werden, sondern nur in der Weise, daß sie zusammengenommen eine Virilportion der Erbschaft nicht überschreiten dürfen.[66]) Dabei ist auch noch besonders hervorzuheben, daß die Verpflichtung zur Auszahlung solcher Vermächtnisse an personae conjunctae sich immer auf sämmtliche Kontratabulanten gleichmäßig vertheilt, und also der eingesetzte suus selbst dann, wenn er ausschließlich vom Erblasser belastet sein sollte, doch nur einen entsprechenden Theil zu diesen Vermächtnissen beizutragen hat,[67]) wobei es auch gar keinen Unterschied macht, ob seine Einsetzungs-Portion sich durch die bon. poss. c. t. vermindert, oder vermehrt, oder ob sie unverändert bleibt. Setzen wir z. B., das Vermögen des Vaters beträgt 1200; er hat seinen unmündigen Suus instituirt, einen emancipatus präterirt; Vermächtnisse sind an personae conjunctae in Betrag von 600, an extranei in Betrag von 300 hinterlassen. Wenn jetzt der emancipatus die bon. poss. contra tabulas agnoscirt, und der suus sich derselben anschließt, so ist immer der Erfolg der, daß jedes der beiden Kinder die Hälfte der Erbschaft erhält, die Legate an die extranei ganz ausfallen, die Vermächtnisse an die personae conjunctae auf eine Virilportion, also auf $1200/3 = 400$ herabgesetzt

---

tranei Vermächtnisse zahlen müsse: so ist dieses in so entschiedenem Widerspruche mit allen Quellen-Zeugnissen, und wird auch von allen Späteren so ganz allgemein verworfen, daß eine spezielle Widerlegung dieser Ansicht wohl überflüssig ist.

66) L. 6. 7. 8 pr. l. 23 de leg. praest. (37, 5). Sind also z. B. zwei Kontratabulanten da, so dürfen die Legate an personae conjunctae nicht über ein Drittheil der Erbschaft hinausgehen, sind drei Kontratabulanten da, so beträgt die Virilportion für die personae conjunctae ein Viertheil u. s. w. vgl bes. l. 8 pr. de leg. praest.

67) L. 14 §. 1 de leg praest.: „Si ab uno ex filiis herede instituto nominatim alicui ex liberis parentibusque legatum datum sit, et acceperit bonorum possessionem contra tabulas cum aliis, melius est probare, omnes, qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt, cogendos id legatum praestare."

werden, und zu diesen 400 sowohl der instituirte suus, wie der präterirte emancipatus, Jeder die Hälfte, also 200 beitragen; und alles dieses tritt, wie gesagt, ganz gleichmäßig sowohl dann ein, wenn etwa der suus einziger Testaments-Erbe war, und sich also seine Erbportion durch die bon. poss. contra tabulas vermindert, als auch dann, wenn etwa umgekehrt der suus nur auf $1/6$ eingesetzt war, und sich also seine Erbportion wesentlich vermehrt, als endlich auch dann, wenn der suus auch auf $1/2$ eingesetzt war, und also gerade seine Erbportion durch die bon. poss. c. t. konservirt wird. Daß in der Person des Pupillen von einem Abzug der Falzidischen Quart keine Rede sein kann, versteht sich hiernach ganz von selbst.

Wie verhält es sich nun aber, wenn der Pupill nach agnoscirter bon. poss. contra tabulas in der Unmündigkeit verstirbt, und der vom Vater ernannte Pupillar-Substitut antritt? Herbei sind drei Fragen zu beantworten:

1) Wie verhält es sich mit den Vermächtnissen, mit welchen der Substitut selbst belastet ist?

2) In welchem Umfange hat der Substitut für die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse einzustehen? und endlich:

3) Welche Grundsätze kommen zur Auwendnng, wenn sowohl von dem Pupillen, als auch von dem Substituten Legate hinterlassen worden sind?

I) Was die erste Frage anbelangt — wie es sich nämlich mit den dem Substituten selbst aufgelegten Vermächtnissen verhalte? — so bietet die Beantwortung derselben keine wesentlichen Schwierigkeiten. Es gilt nämlich die Regel, daß der Substitut allen Legataren, nicht blos den Kindern und Eltern, die Vermächtnisse auszahlen muß, l. 34 §. 2 de vulg. et pup. subst. (28, 6):

„Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substituto data sunt,“ [68])

und daß er diese Vermächtnisse aus dem Erbtheile prästirt, welchen der Pupill durch die bon. poss. contra tabulas erhalten hat, so, wie wenn dieses die Einsetzungs-Portion des Pupillen wäre, l. 126 pr. de legat. I.:

„Si, committente aliquo ex liberis edictum praetoris, quo contra tabulas bonorum possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus ejus legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset;“

woraus dann weiter von selbst hervorgeht, daß der Substitut auch die Falzidische Quart aus diesem Erbtheile, und nicht etwa aus der ursprünglichen Institutions-Portion des Pupillen zu berechnen hat. [69]) In dem Falle, wenn sich die Portion des Pupillen durch die bon. poss. contra tabulas vergrößert, gestaltet sich hiernach das Verhältniß sehr einfach. Setzen wir z. B., die Erbschaft des Vaters beträgt 1200, der Pupill ist auf $^1/_{12}$ zu Erben eingesetzt, und dem Substituten sind Legate im Betrag von 500 (einerlei ob an extranei oder an personae conjunctae) aufgelegt. Wenn das väterliche Testament vollkommen bei Kraft bleibt, so braucht der Substitut nur 75 an die Legatare auszuzahlen, und behält $^{100}/_4 = 25$ zurück. Wenn aber ein präterirter emancipatus die bon. poss. contra tabulas agnoscirt, und dadurch auch der Erbtheil des Pupillen sich auf ein $^1/_2$ vergrößert, so muß jetzt der Substitut die Vermächtnisse in dem Umfange entrichten, wie wenn der Pupill auf $^1/_2$ zum Er-

---

68) Vgl. l. 5 pr. de legat. praest.: ——— „Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt, sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet.“

69) Vgl. l. 5 pr. §. 1 de leg. praest.

den eingesetzt wäre, d. h. er muß 450 zahlen, und behält $^{600}/_{4} = 150$ zurück; l. 5 §. 1 de legat praest.:

„Quodsi impubes ex uncia duntaxat institutus heres fuerit, magis est, semissem usque legata praestiturum habita ratione legis Falcidiae; licet enim ex uncia fuerit impubes institutus, tamen, quod accessit, augebit legata a substituto relicta.[70])

In dem umgekehrten Falle, wenn eine durch bon. poss. contra tabulas verminderte Erbportion an den Pupillar-Substituten kommt, muß eine doppelte Operation unterschieden werden. Zunächst muß nämlich immer, und zwar ganz unabhängig von dem Abzug der Falzidischen Quart, in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze[71]) eine verhältnißmäßige Entlastung des Substituten angenommen werden, d. h. in demselben Verhältnisse, in welchem sich die Erbportion durch die bon. poss. vermindert hat, müssen auch die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse vermindert werden. Außerdem kann aber auch noch möglicher Weise eine weitere Verminderung der Legate wegen Ueberschwerung der Quart nothwendig werden, die aber dann natürlich nicht aus der Institutions-Portion, sondern aus der durch die bon. poss. verkleinerten Portion berechnet werden muß. Setzen wir z. B., der Vater setzt sein unmündiges Kind zum einzigen Erben ein, und das Vermögen beträgt 1200; den Pupillar-Substituten belastet er mit Vermächtnissen im Betrag von 1000. Wenn jetzt ein präterirter emanci-

---

70) Vgl. l. 35 de vulg. et pup. subst. (28, 6): „— — sic et crescere a substituto data legata, si per bonor. possessionem plus ad filium pervenisset."

71) L. 11 §. 2 ad leg. Falc. (35, 2): „Imperator Marcus Antoninus decrevit, heredes, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quam pro ea parte, quae relicta est, legatorum nomine teneri." Vgl. l. 125 de legat. I., l. 77 §. 29 de legat. II., l. 43 pr. de cond. et dem. (35, 1), l. 32 §. 4 ad leg. Falcid. (35, 2). — Huschke a. a. O. VII. S. 63 fg.

patus die bonor. possessio contra tabulas agnoscirt, und dadurch die Portion des Pupillen auf $1/2$, also auf 600, vermindert wird, und hierauf der Pupillar-Substitut eintritt: so ist zunächst soviel gewiß, daß der Substitut, da er nur die Hälfte der ihm zugedachten Portion wirklich erlangt, auch nur die Hälfte der ihm aufgelegten Vermächtnisse zu entrichten hat, also nur 500. Aber auch diese 500 hat er nicht vollständig zu bezahlen, denn er hat ein Recht darauf, daß ihm der vierte Theil der auf ihn gekommenen Erbportion verbleibt, also in unsrem Falle $600/4 = 150$, und er kann also den Legataren auf den Grund des Falzidischen Gesetzes nochmals 50 abziehen, so daß er im Ganzen nur 450 zu zahlen hat. Von der ersten Verminderung, nämlich der verhältnißmäßigen Entlastung des Substituten, spricht Afrikan in l. 35 de vulg. et pup. subst. (28, 6):

„His consequens esse existimo, ut si impubes ex asse heres scriptus sit, et per bonorum possessionem semis ei ablatus sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur, ut, quemadmodum portio, quae per bonorum possessionem accesserit, auget legata, ita et hic quae abscesserit, minuat.“ 72)

Von der zweiten Verminderung, nämlich von dem Abzuge der Falzidischen Quart, redet Ulpian in l. 5 pr. de legat. praest. (37, 5), wo er denselben Fall, welchen Afrikan vor Augen hat, wenn nämlich der Pupill ex asse eingesetzt, seine Portion aber auf $1/2$ gemindert ist, so entscheidet:

---

72) Ob auch der Ausspruch Scävola's in l. 103 §. ult. de legat. III. („Contra quoque si ex dodrante institutus commisso edicto in semissem acceperit bonorum possessionem, ex semisse tantum legata substitutus debebit“) von dieser verhältnißmäßigen Entlastung, oder vielmehr von dem Abzug der Falzidischen Quart zu verstehen sei, ist zweifelhaft. Mir scheint die erstere Deutung die weit meisten Gründe für sich zu haben, während Huschke a. a. O. S. 61. 63 sich für die zweite Meinung erklärt.

„Sin vero a substituto impuberis [legata relicta sunt], omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae, scilicet ut partis dimidiae, quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, id est totius assis sescunciam, retineat.“

Freilich könnte man versucht sein, die Unterscheidung einer zweifachen Operation für überflüssig zu erklären, indem ja genau dasselbe Resultat entstände, wenn man von der erst angeführten verhältnißmäßigen Minderung der Legate ganz absähe, und Alles lediglich auf den Abzug der Quart zurückführte:[73]) und wirklich ist auch dann, wenn die Quart verletzt ist, eine doppelte Rechnung gar nicht nöthig.[74]) Dennoch aber kann nicht verkannt werden, wie wichtig es ist, jene beiden Operationen scharf von einander zu trennen, und man nehme nur, um sich dies zu veranschaulichen, einen Fall, in welchem die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse gar keine Quartverletzung enthalten. Setzen wir, in unsrem obigen Beispiele seien dem Substituten nur Legate im Betrag von 400 aufgelegt, so muß derselbe nach richtiger Ansicht doch nur 200 entrichten, weil sein Erbtheil auf die Hälfte reduzirt ist, und folglich auch die darauf lastenden Vermächtnisse um die Hälfte verkleinert werden müssen. Wollte man dagegen den ganzen Abzug auf die zweite Operation zurückführen, auf den Abzug der Falzidischen Quart, so müßte der Substitut die vollen 400 bezahlen, weil er ja immer noch 200 zurückbehielte,

73) Ob in unsrem obigen Beispiele der Substitut erst 500 (in Folge der ersten Operation) und dann noch einmal 50 (in Folge der zweiten Operation) abzieht, oder ob er einfach die Quart seiner Portion ($^{600}/_{4}$ = 150) zurückbehält, also den Legataren 600—150 = 450 auszahlt, und demnach doch auch 550 abzieht, läuft offensichtlich ganz auf dasselbe hinaus.

74) Daraus erklärt sich denn auch, weßhalb Ulpian in l. 5 pr. cit. die erste Operation gar nicht erwähnt, sondern blos von dem Abzuge der Quart spricht. In dem von ihm vorausgesetzten Falle einer Quartüberschwerung war dies vollkommen hinreichend.

und also seine Quart ($^{600}/_{4} = 150$) durch die Zahlung der 400 nicht beeinträchtigt würde.[75])

II) In Betreff der zweiten Frage — in welchem Umfange der Substitut für die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse haften müsse — sind die Ansichten unsrer Rechtslehrer sehr von einander abweichend, und zwar sind es besonders drei verschiedene Theorien, welche hierüber aufgestellt sind. Viele[76]) gehen nämlich von dem einfachen Grundsatze aus, daß der Substitut gerade eben so hafte, wie der Pupill selbst,[77]) und also die Legate an Fremde nicht zu entrichten brauche; dies werde durch l. 35 de vulg. et pup. subst. (28, 6) u. l. 5 pr. de legat praest. (37, 5) bewiesen, und die entgegenstehende l. 103 §. 2 de legat. III. wird von den Vertheidigern dieser Ansicht entweder durch Text-Veränderung,[78])

---

75) Ein andrer Fall, in welchem die Wichtigkeit der Unterscheidung jener beiden Operationen hervortritt, ist noch der, wenn sich unter den dem Substituten aufgelegten Vermächtnissen auch solche finden, bei denen ausnahmsweise die lex Falcidia unanwendbar ist; denn jene verhältnißmäßige Minderung in Folge der ersten Operation müssen doch auch solche Legatare sich gefallen lassen. Ganz nahe liegende Analogien bieten l. 17. l. 73 fin. ad leg. Falcid., §. ult. J. eod.

76) Vgl. bes. Cujac. Observ. lib. III. c. 9 (tom. III. p. 63sq.), ad African. tract. V. ad l. 35 de vulg. et pup. subst. (tom. I. p. 1340sq.), ad l. 5 de legat. praest. (tom. VIII. pag. 62sqq.), ad l. ult. §. 2 de legat. III. (tom. X. pag. 1168 sq.), Papillon. de substit. pupill. cap. 8 geg. E. (in Otton. thes. tom. IV. p. 749sq.), Pothier Pand. Just. lib. XXXVII. tit. 5 nr. 27. Foerster de bon. poss. c. t. p. 441sqq., Francke das Recht der Notherben S. 156 fgg., v. d. Pfordten a. a. O. S. 99fgg., Hoffmann a. a. O. S. 340fg., Leist Bonor. Possessio Bd. II. Abth. 1. S. 188 fgg.

77) L. 11 §. 5 ad leg. Falc.: „ . . substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debet“, vgl. l. 19 §. 1, l. 113 §. 3 de legat. I., l. 87 §. 4 ad leg. Falc. („non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli“).

78) Dies ist namentlich die Meinung vom Cujacius a. d. aa. OO., dem Viele gefolgt sind, s. Papill., Pothier, Francke, Pfordten

oder durch die Bemerkung beseitigt, daß diese Frage allerdings wohl unter den römischen Juristen kontrovers gewesen, und die abweichende Ansicht Scävola's in l. 103 cit. unbedachtsamer Weise in die Pandekten aufgenommen sei.[79]) — Andre[80]) stellen dagegen folgende Unterscheidung auf: wenn die Portion des eingesetzten Pupillen durch die bon. poss. contra tabulas kleiner oder doch wenigstens nicht größer geworden sei, so habe der Substitut allerdings eben so wie der Pupill selbst, blos die Vermächtnisse an personae conjunctae zu prästiren, und von diesem Falle sprächen die l. 35 und l. 5 citt.; habe sich aber die Portion des Pupillen durch die bonor. poss. contra tabulas vergrößert, so müsse der Substitut allerdings auch die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse an extranei, jedoch immer nur aus der ursprünglichen Institutions-Portion desselben, entrichten, und von diesem Falle rede die l. 103 cit.[81]) — Wieder Andre[82]) endlich gehen davon aus, daß der Substitut immer auch die Vermächtnisse an extranei zu zahlen habe, aber freilich nie über den Belauf der ursprünglichen Institutions-Portion, und diesem durch l. 103 cit. bewiesenen Prinzip ständen auch die l. 35 u. l. 5 citt. nicht entgegen, wenn man diese Stellen nur richtig auslege.

---

citt. Ueber die von Cujacius vorgeschlagene Aenderung wird noch unten die Rede sein.

79) Dieses ist namentlich die Ansicht von Hoffmann und Leist a. d. aa. OO.

80) Hierher gehören besonders A. Faber Conject. lib. V. c. 1, Retes Opuscul. lib. III. ad leg. ult. de legat. III. (in Meerm. thesaur. tom. VI. p. 177 sqq.), Carvalho cit. §. 50 sqq. p. 170 sqq.

81) Zu den Vertheidigern dieser Ansicht gehört auch Bartol. ad leg. 5 de leg. praest., der aber freilich insofern wesentlich von den vorher Genannten abweicht, daß er dann, wenn die Portion des Pupillen vergrößert ist, nicht blos den Substituten, sondern auch den Pupillen selbst, zur Zahlung der Vermächtnisse an Extranei für verpflichtet hält; s. oben Not. 65.

82) Govean. ad l. 35 de vulg. et pup. subst. (in opp. p. 120 sq.), und bes. Huschke a. a. O. VII. S. 65 fg.

Ich trage kein Bedenken, mich der **zweiten** der eben angeführten Ansichten anzuschließen, obwohl dieselbe auffallender Weise von den neuern Juristen ganz allgemein theils völlig ignorirt, theils ausdrücklich verworfen wird, während ich mich überzeugt halte, daß nur durch sie eine wirklich befriedigende Vereinigung der verschiedenen Quellen-Aussprüche herbeigeführt werden kann, und sich dafür auch gute innere Gründe anführen lassen. Was nämlich:

1) den Fall anbelangt, wenn die Institutions-Portion des Pupillen durch die bonor. poss. contra tabulas commisso per alium edicto **vermindert** worden ist, so entscheidet hier der m. E. völlig unzweideutige Ausspruch **Ulpian's** in l. 5 pr. de legat. praest. (37, 5):

„Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit; deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem; legata sunt etiam a substituto impuberis relicta, non tantum liberis et parentibus, verum etiam extraneis; quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare? **Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt**, sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae — — —."

Der einfache, einem jeden Unbefangenen sich mit Nothwendigkeit aufdringende Sinn dieser Stelle ist folgender: Ein impubes suus ist zum heres ex asse eingesetzt, und ihm ein Pupillar-Substitut ernannt; sowohl dem Pupillen als auch dem Substituten („**etiam a substituto**") sind Legate theils an personae conjunctae, theils an extranei aufgelegt; ein präterirter emancipatus und mit ihm zusammen der instituirte Pupill agnosciren die bonor. poss. contra tabulas, und die Institutions-Portion des Pupillen wird dadurch um die Hälfte vermindert. Wenn nun hierauf der Pupill stirbt, und also der Fall der Pupillar-Substitution eintritt, so entsteht die Frage, ob der Substitut jene Legate zu entrichten habe? Und

diese Frage beantwortet Ulpian dahin, daß der Substitut die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse nur an Eltern und Kinder, die ihm selbst aufgelegten dagegen an Alle zu bezahlen habe. — Die Auslegung, welche jetzt Huschke a. a. O. S. 65 fg. vertheidigt, weicht von der eben gegebenen Darstellung sehr beträchtlich ab. Zunächst stellt nämlich Huschke in Abrede, daß in dem von Ulpian proponirten Falle auch Vermächtnisse, welche dem Pupillen aufgelegt wären, vorausgesetzt würden, indem die Bedeutung des etiam vor a substituto impuberis relicta nicht die sei, um damit anzudeuten, daß auch dem impubes selbst Vermächtnisse aufgelegt seien, sondern Ulpian habe damit gewiß nur ausdrücken wollen, daß zu den andren, vorher bemerkten Merkmalen des vorgelegten Falls auch noch das weitere hinzukomme, daß der Substitut mit Legaten belastet sei. Die zweite und wesentlichste Abweichung aber betrifft die Deutung der Worte: „Et si quidem — — — praestanda sunt"; um dieselben nämlich mit seiner oben angedeuteten Theorie in Einklang zu bringen, faßt Huschke dieselbe nicht von der Haftpflicht des Substituten, sondern vielmehr von der Verpflichtung des Pupillen selbst auf, und versteht nun also die ganze Antwort Ulpian's so: „wenn dem Pupillen selbst Vermächtnisse aufgelegt sind, so müssen sie von diesem [dem Pupillen] freilich nur an Eltern und Kinder entrichtet werden; wenn aber der Substitut mit Vermächtnissen belastet ist, so muß dieser sie Allen leisten." Ich halte diese neue Erklärung für schlechthin unzulässig. Die Deutung des etiam vor: a substituto impuberis könnte man sich zwar allenfalls gefallen lassen, obwohl doch die Stellung des Wortes so ist, daß jeder Leser unwillkührlich zu dem Gedanken gedrängt wird, daß auch noch legata ab ipso impubere relicta supponirt würden, und also Ulpian wegen seiner, mindestens sehr ungenauen Ausdrucksweise gerechten Tadel verdienen würde. Dagegen scheint mir die Ausle-

gung, welche Huschke den Worten: Et si quidem etc. gibt, geradezu unmöglich zu sein. Die Frage, welche Ulpian aufwirft, ist die: ob dann, wenn der Pupill gestorben, und also der Substitut an die Reihe gekommen ist, dieser Substitut jene Legate zu entrichten verpflichtet sei? („an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare?"), und wenn nun Ulpian auf diese Frage antwortet: „wenn sie dem Pupillen aufgelegt sind, so sind sie blos den Kindern und Eltern zu entrichten, wenn sie aber dem Substituten aufgelegt sind, so muß er sie Allen auszahlen": so kann doch in dem ersten Gliede dieser Antwort ganz unmöglich supponirt werden, daß Ulpian hier den Pupillen, dessen bereits erfolgter Tod in der Frage ausdrücklich vorausgesetzt wird, als den zur Auszahlung Verpflichteten vor Augen gehabt habe!

Zwar meint Huschke, dieser letztren Auffassung sei es entschieden günstig, daß Ulpian hier blos das unpersönliche praestanda sunt gebrauche, wozu naturgemäß aus dem vorhergehenden Satze ab impubere zu ergänzen sei, während er nachher sage: omnibus eum (substitutum) praestare oportet. Es bedarf aber wohl kaum der Bemerkung, daß bei dem unpersönlichen praestanda sunt das Subjekt naturgemäß einzig und allein aus der vorausgegangenen Frage ergänzt werden darf, und da die Frage lautet: an substitutus cogatur ea praestare? so kann auch bei der Antwort: praestanda sunt schlechterdings nur subintelligirt werden: a substituto, aber nimmermehr ab impubere. Und wenn Huschke schon daraus, daß Ulpian bei dem ersten Gliede der Antwort das unpersönliche praestanda sunt gebraucht, während er doch bei dem zweiten Gliede sage: eum praestare oportet, ein Argument für seine Meinung entlehnt: so scheint es mir in hohem Grade bedenklich zu sein, einen solchen m. E. ganz zufälligen Wechsel des Ausdrucks als das Produkt tiefer Ueberlegung aufzufassen; will man aber darin durchaus einen innern Grund finden, so ist es gewiß nicht der, an welchen

Huschke denkt, sondern vielmehr der andre, daß Ulpian damit andeuten wollte, die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse würden immer nur an personae conjunctae entrichtet, einerlei ob der Pupill selbst oder der Substitut die Zahlung vornehme, und daß er deßhalb nicht ausschließlich den Substituten genannt hat.

Sehen wir nun aber von dieser, meiner Ueberzeugung nach völlig mißrathenen Auslegung Huschke's ab: so stellt sich uns als das ganz zweifellose Resultat der Ulpianischen Darstellung der Satz heraus, daß jedenfalls dann, wenn die Institutions-Portion des eingesetzten Pupillen durch bon. poss. contra tabulas vermindert worden ist, der Substitut nicht alle dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse, sondern nur diejenigen zu leisten hat, die auch der Pupill selbst hätte leisten müssen, d. h. die Vermächtnisse an Kinder und Eltern, und auch diese natürlich nicht über einen Virilttheil hinaus.

2) Den umgekehrten Fall, wenn der Pupill durch die bon. poss. c. t. eine größere, als seine Institutions-Portion davon getragen hat, behandelt Scävola in l. 103 §. 2 de legat III.:

> „Si filius ex uncia heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso Edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus ejus utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est, ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus."

Die Stelle ist so klar, daß sie keines Kommentars bedarf. Wenn einem Pupillen, welcher auf $1/_{12}$ eingesetzt, dessen Portion aber durch bon. poss. c. tab. comm. per alium edicto auf $1/_2$ angewachsen ist, Legate aufgelegt sind, so soll der Pupillar-Substitut diese Vermächtnisse nicht blos an Kinder und Eltern, sondern auch an Extranei auszahlen, jedoch die letztren nicht aus der ganzen Hälfte, sondern nur aus der ursprünglichen Institutions-Portion,

also aus einem Zwölftheil. Diese Entscheidung Scävola's ist aber Vielen so unglaublich vorgekommen, daß sie sich berechtigt glaubten, dieselbe um jeden Preis zu beseitigen, und namentlich hat Cujacius wiederholt (siehe oben Not. 76) mit aller Entschiedenheit dahin sich ausgesprochen, daß hier eine Text-Veränderung dringend geboten sei. Seine Meinung geht dahin, daß im Anfang der Stelle die Worte: et ab eo legata data sint erst hinter die Worte: habeat et substitutum gesetzt werden müßten, und der ganze Schlußsatz: sed ex uncia etc. ein in den Text eingeschlichenes Glossem eines überklugen Auslegers sei; und darnach würde dann die ganze Stelle unsere Frage gar nicht berühren, sondern es wäre da nur von dem Falle die Rede, wenn Legate von dem Substituten hinterlassen sind, und die Entscheidung wäre genau dieselbe, die wir oben bei Nr. I. aus andren Quellen-Zeugnissen kennen gelernt haben. Obwohl diese Konjektur zahlreiche Anhänger gefunden hat,[83]) so kann man ihr doch m. E. unter keiner Voraussetzung beistimmen, theils weil gar kein dringender Grund zu einer solchen verzweifelten Aushülfe vorhanden ist — denn die Stelle in ihrer handschriftlichen Gestalt führt zu einem Resultate, welches weder civilistisch unmöglich, noch auch

---

83) S. die oben in Not. 78 Genannten. Doch weicht Francke a. a. O. S. 162fg. insofern von Cujacius ab, daß er zwar die Versetzung der Worte im Anfang der Stelle billigt, und dieselbe also auch von Legaten versteht, die dem Substituten aufgelegt sind, darneben aber doch die Schlußworte, welche Cujacius ausstreicht, beibehalten zu müssen glaubt, weil sich nicht wohl erklären lasse, wie Jemand gerade auf diesen Zusatz habe verfallen können. Nach diesem Francke'schen Vorschlage wäre aber die Stelle in dem entschiedensten Widerspruche mit allen übrigen oben bei Nr. I. angegebenen Quellen-Zeugnissen, wornach der Substitut unbedenklich die ihm aufgelegten Vermächtnisse, ohne Unterscheidung zwischen personae exceptae und non exceptae, immer aus dem ganzen Erbtheile prästiren muß, und es wäre also wahrhaft künstlich eine Antinomie in die Pandekten hineingetragen, von welcher in Wahrheit keine Spur in denselben vorkommt!

in wahrem Widerspruch mit andren Gesetzen ist —, theils weil es in der That völlig unbegreiflich wäre, wie das Gesetz, wenn es wirklich ursprünglich so gelautet hätte, wie Cujacius meint, zu seiner jetzigen Gestalt gekommen sein sollte. — Bleiben wir aber bei dem handschriftlichen Texte stehen, so ergibt sich daraus im Gegensatz zu dem vorher bei Nr. 1. aufgestellten Satze das Dogma, daß dann, wenn zu der Institutions-Portion des Pupillen durch bon. poss. contra tabulas noch ein Zuwachs kommt, der Pupillar-Substitut alle dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse, nicht blos die an Kinder und Eltern, sondern auch die an Extranei, gerade so zu entrichten hat, wie wenn gar keine bon. poss. c. t. agnoscirt wäre, also aus der ursprünglichen Institutions-Portion, und daß er außerdem aus dem Zuwachs auch noch die Vermächtnisse an Kinder und Eltern in demselben Umfange zahlen muß, wie der Pupill selbst sie hätte zahlen müssen.

3) Unsre Frage wird endlich auch noch, wenigstens beiläufig in l. 35 de vulg. et pup. subst. (28, 6) berührt, in welcher Stelle Afrikanus ex professo freilich den anderen Fall entwickelt, wenn der Substitut selbst mit Vermächtnissen belastet ist:

„Etsi contra tabulas patris petita sit a pupillo bonorum possessio, in substitutum tamen ejus actionem legati dandam esse, ita ut augeantur legata propterea,[84]) quod filius extraneis non debuerit. Sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum possessionem plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius

84) Die Florent. liest: ut augeantur praeterea. Daß die oben im Texte rezipirte Lesart der Vulg. und Hal., wornach das Wort legata eingeschoben, und statt praeterea gelesen werden muß propterea, vorzüglicher ist, leuchtet wohl von selbst ein. Die Annahme der Florent. Lesart hat übrigens auch auf die Interpunktion der Stelle, und damit auf das ganze Verständniß derselben einen nachtheiligen Einfluß geübt, wie ein Blick auf die neuern Ausgaben, z. B. die Gebauer'sche und die Striegel'sche, beweis't.

plus exceptis deberet. His consequens est" etc. (siehe oben S. 265.)

Nach der gewöhnlich angenommenen, und gewiß auch richtigen Auslegung spricht Afrikan im Eingang der Stelle den Gedanken aus, daß die dem Substituten auferlegten Legate dadurch vergrößert werden können, daß in Folge der von dem Pupillen erbetenen bon. poss. contra tabulas die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse an extranei hinfällig geworden sind.[85]) Darnach deutet denn Afrikan in Betreff dieser letztren Legate ganz dieselbe Ansicht an, welche auch Ulpian in der oben betrachteten l. 5 de leg. praest. aufstellt, und ein Widerspruch mit der l. 103 cit. ist darum nicht vorhanden, weil Afrikan offenbar einen Fall vor Augen hat, in welchem durch die bon. poss. c. t. keine Vermehrung der ursprünglichen Erbportion herbeigeführt worden ist.[86]) Mit der Theorie von Huschke steht dagegen unsre l. 35 nach dieser Auffassung in entschiedenem Widerspruche, und um diesen zu beseitigen, schlägt derselbe a. a. O. S. 72 eine andre Auslegung vor, wodurch in sehr scharfsinni-

85) Es ist hier also eine Anwendung von dem bekannten Grundsatze gemacht, daß dann, wenn die Quart des Erben durch Vermächtnisse überlastet ist, und einige dieser Vermächtnisse ganz hinweg fallen, dies den übrigen Legataren zu Gute kommt, indem diese sich nun gar keinen, oder doch nur einen kleinern Quartabzug gefallen zu lassen brauchen, l. 20, l. 30 §. 8. 9, l. 50, 51, l. 76 §. 1 ad leg. Falcid. (35, 2).

86) Von dem Falle, wenn die ursprüngliche Portion des Pupillen durch die bon. poss. c. tab. vergrößert worden ist, spricht nämlich Afrikan erst in dem folgenden Passus des Gesetzes: „sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum possessionem plus ad filium pervenerit." Da am Schlusse der Stelle, von den Worten: His consequens est an, der Jurist noch speziell den Fall der Verminderung in's Auge faßt, so liegt der Gedanke nahe, daß er im Anfang an den Fall denkt, wenn die Einsetzungs-Portion des Pupillen durch die bonor. poss. contra tabulas gar nicht verändert ist, also der Pupill gerade auf so viel eingesetzt war, als ihm auch im Folge der bon. poss. gebührt.

ger Weise die l. 35 cit.) mit seiner Theorie in Einklang gebracht wird. Darnach nämlich soll der Gedanke African's im Anfang der Stelle vielmehr der sein: die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse könnten dadurch vergrößert werden, daß die Pupillar-Legate an Fremde nicht vom Pupillen selbst, sondern erst von dem Substituten entrichtet zu werden brauchten, und also die Früchte der Zwischenzeit in die Quart eingerechnet werden müßten.[87]. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß diese Auslegung möglich ist, und daß eben wegen dieser Möglichkeit die l. 35 cit. keinen schlagenden Beweis für unsre Ansicht enthält. Eben so wenig kann aber auf der andren Seite verkannt werden, daß die gewöhnliche Ansicht die weit natürlichere ist, und man also zu der Huschke'schen Interpretation nur dann seine Zuflucht nehmen dürfte, wenn sie das einzige Mittel zur Beseitigung einer Antinomie wäre. Davon kann aber nach den bisherigen Ausführungen keine Rede sein, und es ist also gewiß kein Grund vorhanden, eine völlig ungezwungene und einem jeden Unbefangenen sich von selbst darbietende Auslegung mit einer sehr gesuchten und gekünstelten zu vertauschen. —

Dies sind m. W. die einzigen Quellen-Aussprüche, welche unsren Fall berühren, und wenn man nicht zu den gewaltsamsten Interpretationen oder zu überkühnen Emendationen seine Zuflucht nehmen will, so muß man wohl einräumen, daß in denselben unterschieden wird, ob

87) Nach Huschke's Ansicht kommen nämlich die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse an Fremde, durch die bon. poss. contra tabulas immer in eine causa pendens; der Pupill selbst braucht sie in keinem Falle zu bezahlen, während, wenn der Substitut an die Reihe kommt, dieser sie stets entrichten muß. Sie erhalten also gewißer Maaßen den Charakter von in diem legata, bei welchen bekanntlich die Regel gilt, daß die Früchte der Zwischenzeit in die Quart eingerechnet werden müssen, und also den andern Legataren zu Gute kommen, l. 15 §. 6, l. 18 §. 1, l. 24 §. 1, l. 73 §. 4, l. 88 §. 3 ad leg. Falcid., l. 22 §. 2, l. 58 §. 5 ad SC. Trebell. (36, 1).

die ursprüngliche Portion des Pupillen durch bonor. poss. contra tab. vergrößert worden ist oder nicht, und daß zwar wohl im ersten Falle, aber nicht auch im zweiten der Substitut zur Zahlung der Pupillar-Legate an Fremde verpflichtet ist. Wenn sich nun auch diese Unterscheidung nicht nach strenger Rechtskonsequenz konstruiren läßt, so stimmt sie doch gar sehr mit den Forderungen der aequitas überein, und daß man auf diese eine vorzügliche Rücksicht nahm, kann bei einem prätorischen Institute, welches seinem ganzen Wesen nach auf aequitas basirt ist, wahrlich nicht auffallen. Zu besserer Einsicht in dieses Verhältniß muß man nur festhalten, daß die Pupillar-Legate an extranei, ungeachtet der bonor. poss. contra tabulas doch ipso jure vollkommen giltig bleiben, weil ja auch das väterliche Testament selbst civilrechtlich bei Kräften bleibt, und daß also der Pupill nur durch eine exceptio (si non bonor. poss. contra tabulas petita sit) die an sich wohl begründete Legaten-Klage der extranei entkräften kann. Unsre Frage ist also eigentlich die, ob auch der Substitut eben so wie der Pupill selbst den Legataren jene exceptio entgegen zu halten berechtigt sei? Da der Substitut die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse nicht suo nomine, sondern nomine defuncti pupilli zu entrichten hat (s. oben Note 77): so fordert es die Konsequenz, daß ihm auch dieselbe exceptio wie dem Pupillen eingeräumt wird, und die l. 5 de leg. praest. und die l. 35 de vulg. et pup. subst. liefern den Beweis, daß dieses auch wirklich als Regel in unsrem Rechte anerkannt ist. Gewiß aber mußte es als eine nicht zu begünstigende Impietät des Substituten erscheinen, wenn derselbe in Folge jener bon. poss. contra tabulas des Pupillen sogar noch mehr erhalten hatte, als ihm vom Testator zugedacht war, und sich nun doch, unter Berufung auf eben diese, ihm vortheilhafte, bon. possessio weigern wollte, den Legataren das zu leisten, was er ohne diese bonor. possessio unweigerlich hätte leisten müssen. Es lag da-

her gewiß sehr nahe, in diesem Fall gegen die exceptio des Substituten den Legataren eine replicatio doli einzuräumen, und dadurch den Substituten zu nöthigen, die Legate gerade so zu entrichten, wie wenn gar keine bonor. poss. contra tabulas dazwischen läge;[88]) und daß dies wirklich geschah, wird durch den Ausspruch Scävola's in l. 103 cit. vollständig dargethan.

Was nun die Berechnung der Falzid. Quart in dem vorliegenden Falle anbelangt, so leuchtet von selbst ein, daß dann, wenn die ursprüngliche Portion des Pupillen durch bonor. poss. contra tabulas nicht vergrößert worden ist, von einem Abzug der Quart gar keine Rede sein kann, weil ja in diesem Falle sämmtliche Vermächtnisse an extranei wegfallen, und die Legate an personae exceptae nur bis zu einem Virilthcil entrichtet zu werden brauchen, wodurch eine Ueberschwerung der Quart unmöglich herbeigeführt werden kann. Wenn aber die Institutions-Portion des Pupillen durch die bonor. poss. contra tabulas noch einen Zuwachs erhalten hat: so muß der Substitut in Gemäßheit der obigen Ausführungen erstens allen Legataren des Pupillen, einerlei ob es Fremde oder ob es Kinder und Eltern sind, aus der Institutions-Portion die Vermächtnisse gerade so auszahlen, wie wenn gar keine bonor. poss. agnoscirt worden wäre, und er kann ihnen also natürlich auch im Falle der Ueberschwerung die Quart von der ursprünglichen Institutions-Portion abziehen. Nehmen wir das Beispiel, welches Huschke a. a. O. S. 73 fg. anführt. Das Vermögen beträgt 1200; der Pupill ist auf $1/12$ zum Erben eingesetzt, und es sind ihm Legate an Fremde im Betrag von

88) Daß diese replicatio doli blos dem Substituten, nicht auch dem Pupillen selbst, entgegen gesetzt werden durfte, erklärt sich genügend daraus, weil der Sohn, welcher eine bonor. poss. contra tabulas agnoscirt hat, nicht mehr auf den Grund des väterlichen Willens, sondern Kraft des Gesetzes seine Erbportion erlangt, und ihm eben darum auch keine Impietät vorgeworfen werden kann.

60, an die Mutter im Betrag von 120 aufgelegt; ein präterirter emancipatus und der instituirte Pupill agnosciren die bon. poss. contra tabulas, und der Pupill bekommt dadurch die Hälfte der Erbschaft. Hier muß zunächst, wenn der Fall der Pupillar-Substitution eintritt, der Substitut sämmtliche dem Pupillen aufgelegte Vermächtnisse (= 180) aus der Institutions-Portion (= 100) so auszahlen, wie wenn gar keine bonor. possessio agnoscirt wäre, d. h. er zieht sich die Quart von 100 ab, und zahlt nur 75 aus, von denen die Fremden 25, die Mutter aber 50 erhalten. Dies ist die sich von selbst ergebende Anwendung des ersten Theils der Scävola'schen Entscheidung in l. 103 cit.: ex uncia omnibus. — Außerdem hat aber auch noch zweitens der Substitut aus dem Zuwachs, welcher durch die bon. poss. contra tabulas entstanden ist, die Legate an personae exceptae in demselben Umfange zu entrichten, wie der Pupill selbst zur Entrichtung derselben verpflichtet wäre, also nach dem Rechte der bonorum possessio contra tabulas, in Gemäßheit des Edictum de legatis praestandis, (l. 103 cit.: „ex reliquis, liberis et parentibus"). Nehmen wir auch hier das obige Beispiel! Wenn wir hierbei von der Pupillar-Substitution ganz absehen, so ist es unzweifelhaft, daß das Legat an die Mutter im Betrag von 120 von beiden Kontratabulanten gleichmäßig entrichtet werden muß, und auf den Pupillen also 60 kommen;[89]) kommt nun der Pupillar-Substitut an die Reihe, so hat derselbe, da er schon ex uncia 50 an die Mutter gezahlt hat, jetzt an dieselbe noch 10 zu bezahlen, während natürlich die andren 60, welche die Mutter noch zu fordern hat, zu Lasten des andren Kontratabulanten bleiben.[90]) Oder nehmen wir das zweite, von Huschke

89) L. 14 §. 1 de legat. praest. (s. oben Not. 67.)

90) Huschke a. a. O. entscheidet diesen Fall irrthümlich dahin, daß der Substitut aus den übrigen $^5/_{12}$ noch die vollen 70 an die Mutter prästiren müsse. Er hat dabei offenbar die Bestimmung der l. 14 §. 1

a. a. O. angeführte Beispiel, welches sich von dem ersten nur dadurch unterscheidet, daß hier ein viel größeres Legat an die Mutter, nämlich ein Legat von 540, vorausgesetzt wird, in allem Uebrigen aber vollständig mit dem ersten Beispiele übereinstimmt. Hier hat der Substitut zuerst ex uncia (= 100) die sämmtlichen Pupillar-Legate (= 600) so zu entrichten, wie wenn gar keine bonor. possessio agnoscirt wäre, d. h. er zahlt an die Fremden Statt 60 nur $7\frac{1}{2}$, an die Mutter Statt 540 nur $67\frac{1}{2}$. Außerdem hat aber zweitens der Substitut aus dem Zuwachs (also aus $\frac{5}{12} = 500$) auch noch das Legat an die Mutter, aber nur nach dem Rechte der bon. poss. contra tabulas, zu entrichten; nach diesem Rechte der bonor. poss. wird aber das Vermächtniß der Mutter auf eine Virilportion der Erbschaft, also auf 400, reduzirt, und diese 400 müssen von den beiden Kontratabulanten, von einem jeden zur Hälfte, entrichtet werden, so daß auf die ganze Portion des Pupillen ($= \frac{6}{12}$) 200, auf $\frac{5}{12}$ also $166\frac{2}{3}$ fallen, und diese $166\frac{2}{3}$ muß jetzt der Pupillar-Substitut noch an die Mutter bezahlen. Die extranei erhalten also im Ganzen $7\frac{1}{2}$, die Mutter aber bekommt von dem Substituten $67\frac{1}{2} + 166\frac{2}{3} = 234\frac{1}{6}$, und von dem andren Kantratabulanten noch 200.[91]

---

de legat. praest. nicht im Sinn gehabt, was um so auffallender ist, da er doch selbst an einer andren Stelle seiner Abh. (vgl. S. 64) auf dieselbe aufmerksam macht.

91) Auch diesen Fall entscheidet Huschke a. a. O. völlig unrichtig. Er sagt wörtlich so: „Wären der Mutter in demselben Falle 540 ausgesetzt worden, so bekämen die Fremden von den 75 nur $7\frac{5}{10}$, die Mutter $67\frac{5}{10}$; mit ihrer übrigen Forderung wird sie nach dem Rechte der c. t. b. p. behandelt; darnach darf sie aber nur einen Kindestheil, also nur 400, diese aber auch aus 500 fordern, wovon die Falcidia 125 beträgt, so daß ihr noch 25 gekürzt, d. h. nur noch 375 gezahlt werden. Sie bekäme also vom Substituten zusammengenommen $67\frac{5}{10} + 375 = 442\frac{5}{10}$, während sie vom Pupillen nur 400 fordern konnte, — eine Wirkung davon, daß sie dem Substituten gegenüber theilweise nach dem jus civile hereditatis behandelt wird.“ — Dieser Deduktion liegen aber zwei we-

III) Was endlich die *dritte* Frage (s. oben S. 262) anbelangt — welche Grundsätze dann zur Anwendung kommen, wenn sowohl der Pupill, als auch der Substitut mit Legaten belastet sind? —, so müssen auch hier die beiden Hauptfälle unterschieden werden, ob durch die bonor. poss. contra tabulas eine Vermehrung der ursprünglichen Portion herbeigeführt wird, oder ob dies nicht der Fall ist.

1) Wenn die Institutions-Portion unverändert geblieben oder gar vermindert ist, so versteht es sich zunächst nach der bisherigen Erörterung von selbst, daß die Pupillar-Legate an *Extranei* ganz hinwegfallen, die Pupillar-Legate an *Kinder und Eltern* nöthigen Falls auf einen Viriltheil reduzirt, und die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse dann, wenn die Portion durch die bon. poss. c. t. vermindert ist, verhältnißmäßig verkleinert werden müssen. Setzen wir also z. B., der Pupill ist bei einem Vermögen von 1200 zum einzigen Erben eingesetzt; ihm sind Legate von 300 an Fremde und von 500 an die Mutter aufgelegt, und auch der Substitut ist noch mit Vermächtnissen im Betrag von 400 belastet. Wenn jetzt in Folge der bon. poss. contra tabulas die

sentliche Irrthümer zu Grunde. *Erstens* nämlich übersieht auch hier *Huschke* eben so, wie in dem vorigen Beispiele, die Bestimmung der l. 14 §. 1 de leg. praest., wornach die 400 nicht von dem Pupillen allein, sondern zur Hälfte auch von dem andren Kontrabulanten übernommen werden müssen, so daß auf die Portion des Pupillen jedenfalls nur 200 fallen. Wäre dies aber auch nicht der Fall, sondern könnte man wirklich mit Huschke sagen, daß die 400 nach dem Rechte der bon. poss. c. t. dem Pupillen allein, und folglich auch dem Substituten allein, zur Last fielen, so hat *Huschke zweitens* übersehen, daß diese 400 doch jedenfalls eine Belastung der *ganzen* Portion des Pupillen ($^6/_{12}$), und nicht blos des durch bon. poss. begründeten Zuwachses ($= {}^5/_{12}$) wären, und daß also der Substitut aus diesen $^5/_{12}$ ($= 500$) niemals 400, sondern immer nur $333^1/_3$ zu entrichten hätte, (denn $600 : 400 = 500 : 333^1/_3$), welche er dann auch vollständig entrichten müßte, weil dadurch seine Quart nicht überschwert wäre.

Portion des Pupillen auf die Hälfte herabgesetzt wird, und der Fall der Pupillar-Substitution eintritt, so fallen die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse an Fremde ganz hinweg; das Legat von 500 an die Mutter wird auf 400 reduzirt, wovon die eine Hälfte der Substitut, die zweite Hälfte der andre Kontratabulant zu zahlen hat; und die 400 endlich, welche dem Substituten aufgelegt sind, werden auf die Hälfte herabgesetzt, so daß also im Ganzen der Substitut 200 an die Mutter, und 200 an seine eigenen Legatare zu zahlen hat.[92] Wenn nun diese Operationen zu dem Ergebniß führen, daß dem Substituten die Quart von seiner Portion unverkürzt bleibt, — wie dies namentlich in dem angeführten Beispiele der Fall ist —, so hat es dabei natürlich sein Bewenden. Wie aber verhält es sich, wenn die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse so groß sind, daß ungeachtet ihrer verhältnißmäßigen Reduktion dieselben

92) Huschke a. a. O. S. 75 fg. erörtert den Fall, wenn bei einer Erbschaft von 1200 der zum einzigen Erben eingesetzte Pupill mit einem Vermächtniß von 400 an die Mutter des Erblassers [nicht: des Unmündigen, wie Huschke aus Versehen sagt; die Mutter des Unmündigen, also die Frau des Erblassers, gehört nicht zu den personae exceptae], der Pupillar-Substitut ebenfalls mit einem Vermächtniß von 400 belastet, und dann die Portion des Pupillen durch bonor. poss. contra tabulas auf die Hälfte herabgedrückt ist; und er entscheidet denselben so, daß der Substitut hier zuerst die Mutter mit 400 abfinden müsse, von den ihm jetzt noch verbleibenden 200 die Quart mit 50 abziehen dürfe, und seinem Legatar also noch 150 auszahle. Sehen wir hier noch ganz von der gewiß irrigen Meinung ab, daß der Substitut nur ein Recht auf die Quart aus dem Reste habe, welcher nach Befriedigung der personae conjunctae übrig bleibe (s. dagegen den gleich folgenden Text): so hat Huschke bei dieser Entscheidung übersehen, daß sowohl das Legat an die Mutter dem Substituten nur zur Hälfte zur Last fällt, weil die andre Hälfte von dem andren Kontratabulanten übernommen werden muß, als auch das andre Legat von 400 auf die Hälfte reduzirt werden muß, weil ja die onerirte Erbportion auf die Hälfte herabgesetzt ist, und daß also der Substitut überhaupt nur 400 zu zahlen hat, 200 an die Mutter und 200 an den andren Legatar, wornach zu einem Abzug der Quart gar keine Veranlassung vorliegt.

doch, zusammengenommen mit den Pupillar-Legaten an personae conjunctae, die Quart verletzen? Setzen wir, in dem obigen Beispiele, der Substitut sei mit Vermächtnissen im Betrag von 800 belastet, so würde, wenn er 200 an die Mutter und 400 an seine Legatare auszahlen sollte, seine ganze Portion (= 600) erschöpft sein, und es fragt sich, wie hier zu helfen ist? Wollte man ohne Weiteres den Grundsatz: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari zur Anwendung bringen, so würde der Substitut seine Quart ($^{600}/_{4}$ = 150) durch verhältnißmäßige Abzüge sowohl von dem, zu seinen Lasten stehenden Legatenantheil an die Mutter (= 200), als auch von den Legaten an die extranei (= 400), sich konserviren, so daß die Mutter nur 150, die Extranei 300 erhielten.[93]) Dies ist aber gewiß nicht zu billigen, da unverkennbar die nach dem Edictum de legatis praestandis konservirten Legate an personae exceptae, gewisser Maaßen die Eigenschaft eines Pflichttheils an sich tragen, und daher unzweifelhaft keiner weitern Reduktion unterliegen, als der im Edikt selbst vorgesehenen auf einen Viriltheil; und eben so, wie dieser Viriltheil nicht durch Vermächtnisse beschränkt wird, die dem Pupillen selbst aufgelegt waren, so kann er auch nicht durch dem Substituten aufgelegte Legate verkürzt werden. Es scheint mir hiernach keinem Bedenken zu unterliegen, daß der Substitut der Mutter jedenfalls ihre volle 200 auszahlen muß, und es fragt sich nur, wie es unter dieser Voraussetzung mit den dem Substituten selbst aufgelegten Vermächtnissen gehalten werden müsse? Dreierlei ist möglich. Man könnte nämlich erstens sagen: der Substitut zieht jetzt seine Quart (= 150) blos seinen Legataren ab, so daß er diesen nur 250 auszahlt. Oder

---

93) Dies ist die Meinung von Francke Recht der Notherben S. 159, weil „nirgends gesagt sei, daß diese exceptae personae vor den Legataren des Substituten irgend einen Vorzug in Anspruch nehmen könnten.“

man könnte zweitens davon ausgehen, daß das, was der Substitut der Mutter nicht abziehen darf, von seiner Quart abgeht, und er also seinen Legataren nur soviel abzieht, wie wenn er auch der Mutter einen Abzug hätte machen können, wornach in unsrem Beispiele die Mutter ihre vollen 200, die Legatare des Substituten aber 300 bekämen, und der Substitut also nur 100 zurückbehielte. Oder man könnte endlich drittens noch sagen: die 200, welche an die Mutter gezahlt werden müssen, sind wie eine auf der Erbschaft liegende Schuld zu betrachten, und müssen also jedenfalls vorabgezogen werden, so daß der Substitut nur von dem Uebrigbleibenden eine Quart in Anspruch nehmen kann, die er dann seinen Legataren abzieht, und darnach müßte man in unsrem Beispiele sagen, daß nach Abzug der 200 an die Mutter noch 400 zurückblieben, von denen der Substitut die Quart (= 100) seinen Legataren abzöge.[94]) Nach allgemeinen Grundsätzen würde ich mich unbedenklich für den letzt genannten Ausweg entscheiden, da dies das regelmäßige Verfahren in den Fällen ist, in welchen ausnahmsweise einzelnen Legaten die Quart nicht abgezogen werden darf,[95])

94) In unsrem Beispiele führen zufällig die zweite und die dritte Prozedur ganz zu demselben Resultate, und wirklich scheinen Manche z. B. Puchta Lehrb. §. 549 u. Vorles. ad h. l. u. Sintenis prakt. Zivilr. III. §. 215 a. E. eine völlige Identität beider Verfahrungsweisen anzunehmen. Wie irrig das ist, läßt sich leicht nachweisen. Denkt man sich z. B. in unsrem obigen Falle, daß die Legate, welche dem Substituten aufgelegt sind, 1200 und also nach der Reduktion auf die Hälfte noch 600 betragen, so würde der Substitut nach der zweiten Prozedur an diese Legatare $337^1/_2$ auszahlen müssen, während er nach der dritten nur 300 zu entrichten hätte; und denkt man sich, die Legate betrügen 3200, also nach der Reduktion noch 1600, so würde der Substitut nach der zweiten Prozedur die vollen 400 auszahlen müssen, und also gar nichts für sich zurückbehalten, während er nach der dritten auch in diesem Falle nur 300 zu entrichten hätte, und 100 für sich zurückbehalten dürfte.

95) So wird dieses Verfahren namentlich angewendet, wenn der Erblasser zuerst in einem Soldaten=Testamente und später als paganus Vermächtnisse hinterlassen hat, l. 17 §. 4, l. 18 de test. milit (29, 1.)

und wirklich geht auch Huschke a. a. O. S. 76 von diesem Gedanken aus. Dennoch aber muß man sich dagegen erklären, weil nach unzweideutiger gesetzlicher Bestimmung vielmehr der erste Weg vorgeschrieben ist, und der Substitut also immer seine Quart von der ganzen auf ihn gekommenen Portion berechnen und seinen Legataren abziehen darf. Es wird dies nämlich sehr bestimmt in der, theilweise schon oben näher betrachteten l. 5 pr. de legat. praest. ausgesprochen, in welcher Ulpian einen Fall behandelt, welcher alle Merkmale an sich trägt, welche wir hier voraussetzen. Der Pupill nämlich ist als heres ex asse eingesetzt, und durch bonor. poss. c. t. wird seine Portion auf die Hälfte reduzirt; sowohl ihm selbst als seinem Substituten sind Legate aufgelegt,[96]) und da beantwortet denn der Jurist die Frage, ob der Substitut diese Legate zu zahlen verpflichtet sei, folgender Maaßen:

„Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt, sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae, scilicet ut partis dimidiae,

l. 17. 92. 96 ad leg. Falc. (35, 2), so ferner bei Vermächtnissen ad pias causas Nov. 131 c. 12, bei Vermächtnissen von Sachen, welche der Ehemann gerade der Frau wegen angeschafft hat, l. 81 §. 2 vgl. mit §. 1 ad leg. Falc., bei Vermächtnissen, welche zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils bestimmt sind, l. 87 §. 4 de legat. II., l. 36 pr. C. de inoff. test. (3, 28); vrgl. auch noch l. 22 §. 1. 2 ad leg. Falcid. — Die oben zuerst aufgeführte Verfahrungsweise wird dagegen, abgesehen von unsrem vorliegenden Falle, in den Quellen nur erwähnt, wenn der Erblasser bei einzelnen Vermächtnissen den Quartabzug verboten hat, l. 88 pr. §. 1. 2 ad leg. Falcid., l. 6 fin. de fideic. libert. (40, 5), und die zweite Prozedur kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Erbe einzelnen Legataren gegenüber entweder auf den Quartabzug verzichtet, l. 46 71 ad leg. Falcid., oder denselben dadurch verwirkt hat, daß er ihnen ihr Vermächtniß böslicher Weise zu vereiteln suchte, l. 24 pr., l. 59 ad leg. Falcid. l. 6 de his quae ut indign. auf. (34, 9).

96) L. 5 cit.: „— — legata sunt etiam a substituto impuberis relicta;“ s. oben S. 269. 270.

quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, id est totius assis sescunciam, retineat.“

Hier ist wohl zu beachten, daß Ulpian bei den Pupillar-Legaten an Kinder und Eltern kein Wort von der Falzid. Quart sagt, offenbar weil diese Vermächtnisse immer in dem vollen Umfange geleistet werden müssen, in welchem der Pupill selbst zu zahlen verpflichtet wäre. Blos bei den dem Substituten selbst aufgelegten Vermächtnissen redet der Jurist von der Rücksichtsnahme auf die lex Falcidia, und dabei stellt er den Grundsatz auf, daß diese Legate immer nur soweit ausgezahlt zu werden brauchten, daß der Substitut ein Viertheil von der auf ihn gekommenen Hälfte, also ein Achttheil der ganzen väterlichen Erbschaft zurückbehalte. Legen wir dieser Entscheidung unser obiges Beispiel zu Grunde, so soll der Substitut zuerst den auf ihn fallenden Theil des Legats an die Mutter, also 200, und dann noch soviel an seine eigenen Legatare auszahlen, daß ihm $1/4$ seiner Hälfte, also $600/4 = 150$ zurückbleibt. Offenbar werden also die Legate an die personae conjunctae nicht vorabgezogen, so daß die Quart nur von dem Uebrigbleibenden berechnet würde,[97] sondern es wird immer die volle, auf den Substituten gekommene Erbportion als Grundlage für die Berechnung der Quart angenommen.

2) Wenn die Institutions-Portion des Pupillen durch bon. poss. c. t. vergrößert worden ist, so muß eine zweifache Berechnung der Falzid. Quart vorgenommen werden, nämlich einmal aus der ursprünglichen Institutions-Portion, und dann zweitens aus dem durch die bonor. possessio herbeigeführten Zuwachs; und bei diesen beiden Berechnungen gelten ganz verschiedene Grundsätze.

---

97) Darnach nämlich würde die Quart des Substituten niemals $1/8$ der väterlichen Erbschaft (= 150), sondern nothwendig weniger ausmachen, in unsrem Beispiele nur $1/12$ (= 100).

Was nämlich des Erstere — die Berechnung der Falzidia aus der Institutions-Portion — anbelangt, so muß hier genau dasselbe Verfahren eingehalten werden, wie wenn gar keine bonor. poss. c. t. agnoscirt wäre, und namentlich muß also hier auch der Grundsatz: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari in volle Anwendung gebracht werden. Demnach werden sämmtliche, sowohl dem Pupillen wie dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse in ihrem vollen Umfange zusammengerechnet, und von ihnen allen verhältnißmäßig die Quart der Institutions-Portion abgezogen. Setzen wir also z. B., der Pupill ist auf die väterliche Erbschaft, im Betrag von 1200, zum Erben auf $1/_6$ eingesetzt; der Pupill ist mit Vermächtnissen von 50 an einen Fremden, von 300 an die Mutter, und der Substitut mit einem Vermächtniß von 150 belastet. Wenn hier nun die Portion des Pupillen durch bonor. poss. c. t. auf $1/_2$ vergrößert wird, und dann der Pupillar-Substitut eintritt, so hat dieser zunächst alle Vermächtnisse (also auch das Pupillarlegat an einen extraneus), ohne alle Rücksicht auf die bon. poss. contra tabulas, aus der Institutions-Portion ($= 1/_6 = 200$) soweit zu bezahlen, als dies ohne Beeinträchtigung der Quart geschehen kann, und er entrichtet demnach Statt 500 nur 150, wovon der extraneus 15, die Mutter 90, der eigene Legatar des Substituten 45 erhalten.

Was das Zweite — die Berechnung der Falzidia aus dem durch die bon. possessio herbeigeführten Zuwachs — betrifft, so kommen hierbei nicht mehr alle Vermächtnisse in Betracht, sondern außer den dem Substituten selbst aufgelegten nur noch die Pupillar-Legate an personae exceptae, und zwar diese letztren natürlich nach dem Rechte der bonor. poss. contra tabulas, also nöthigen Falls auf eine Virilportion reduzirt, und immer nur zu dem Antheil, welcher nicht auf den andren Kontratabulanten fällt. In unsrem vorigen Beispiele wird

also der Substitut aus dem durch bonor. possessio entstandenen Zuwachs ($= 2/6 = 400$) noch bezahlen: 1) den Rest des Legats an die Mutter, soweit nicht der andre Kontratabulant dasselbe zu entrichten hat, also $300/2 - 90 = 60$; und 2) den Rest des ihm selbst aufgelegten Legats, also $150 - 45 = 105$. Da er diese 165 unbeschadet seiner Quart bezahlen kann, so hat es dabei natürlich sein Bewenden. Wären aber etwa die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse so groß, daß durch die vollständige Zahlung derselben die Quart des Zuwachses verletzt würde, so versteht es sich nach dem am Schluß von III. 1. Bemerkten von selbst, daß doch immer der auf den Substituten fallende Antheil von den Pupillar-Legaten an personae conjunctae vollständig entrichtet, und die Quart ausschließlich den eigenen Legataren des Substituten abgezogen wird. Gesetzt, in unsrem obigen Beispiele betrüge das dem Substituten aufgelegte Vermächtniß nicht blos 150, sondern 300, so würde derselbe zunächst aus der Institutions-Portion zu entrichten haben $11^7/_{13}$ an den extraneus, $69^3/_{13}$ an die Mutter und $69^3/_{13}$ an seinen eigenen Legatar; aus dem Zuwachs aber müßte er entrichten an die Mutter $300/2 - 69^3/_{13} = 80^{10}/_{13}$, und an seinen eigenen Legatar $300 - 69^3/_{13} = 230^{10}/_{13}$, also im Ganzen $311^7/_{13}$. Da er aber blos 300 zu geben schuldig ist, so zieht er die $11^7/_{13}$ seinem Legatar ab, so daß dieser aus dem Zuwachs nur $219^3/_{13}$, also im Ganzen $69^3/_{13} + 219^3/_{13} = 288^6/_{13}$ erhält, während die Mutter ihre vollen 300 bekommt, nämlich 150 von dem andren Kontratabulanten, und $69^3/_{13} + 80^{10}/_{13} = 150$ von dem Pupillarsubstituten. —

(Die Fortsetzung folgt im nächsten Hefte.)